ISSN 1128-2142

rivista di diritto privato

4 anno XVI - ottobre/dicembre 2011

Comitato scientifico
Giorgio De Nova
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione
Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori

CACUCCI
EDITORE

Pubblicazione trimestrale – Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in abbonamento postale – D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB S1/BA

rivista di diritto privato 4 anno XVI - ottobre/dicembre 2011

rivista di diritto privato

Pubblicazione trimestrale

Editrice
Cacucci Editore S.a.s.
Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)
www.cacucciditore.it
e-mail: riviste@cacucciditore.it
Telefono 080/62030890
Fax 080/5234777

Direttore responsabile
Nicola Cacucci

Comitato scientifico
Giorgio De Nova, Natalino Irti, Pietro Rescigno, Pietro Schlesinger, Paolo Spada, Adriano Vanzetti

Direttore
Giorgio De Nova

Condirettori
Mario Cicala, Enrico Gabrielli, Luigi Augusto Miserocchi, Vincenzo Roppo, Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

Comitato editoriale
Pietro Abbadessa, Fabio Addis, Giuseppe Amadio, Franco Anelli, Ciro Caccavale, Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Angelo Chianale, Massimo Confortini, Giovanni D'Amico, Enrico del Prato, Valerio Di Gravio, Fabrizio di Marzio, Aldo Angelo Dolmetta, Andrea Fusaro, Carlo Ibba, Giancarlo Laurini, Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli, Massimo Miola, Mario Notari, Giacomo Oberto, Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi, Fabio Padovini, Giuseppe B. Portale, Renato Rordorf, Luigi Salvato, Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta, Michele Tamponi, Federico Tassinari, Gian Roberto Villa, Massimo Zaccheo, Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

Redazioni
Milano: Francesco Delfini, Gregorio Gitti, Arturo Maniaci
Bari: Adriana Addante, Caterina Calia, Claudia Morgana Cascione

Realizzazione grafica
Quorum Italia S.r.l. – Bari

Fotocomposizione e stampa
Ragusa Grafica Moderna S.r.l. – Modugno (BA)

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti
Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Italia
Abbonamento annuale: € 125,00.

Estero
Abbonamento annuale: € 250,00.

Magistrati e Uditori giudiziari
Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail rivista@cacucciditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Prezzo singola copia: € 35,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza:
Cacucci Editore S.a.s. - Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.
Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacucciditore.it

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel data base informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore S.a.s..
I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale.
Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

rivista di diritto privato

2011

Comitato scientifico
Giorgio De Nova
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione
Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori

CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 4/2011

Saggi e pareri

The Alien Contract
di Giorgio De Nova 487

Il "contratto di rete": dialogo tra un notaio e un professore su una leggina recente
di Marco Maltoni e Paolo Spada 499

"Clausole generali", principi di diritto e disciplina dei gruppi di società
di Giuliana Scognamiglio 517

Soluzioni negoziali della crisi d'impresa: gli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento. Una introduzione
di Enrico Gabrielli 555

Finanziamenti destinati e fallimento del debitore
di Alberto Giampieri 567

La selezione del contraente nella valorizzazione dei risultati della ricerca all'interno degli enti pubblici
di Massimiliano Granieri 585

Lettere di *patronage* ed importo massimo garantito
di Carmela Robustella 603

Problemi delle professioni

Il ruolo giocato nel Regno Unito dai concetti di *Duty of Care* e *Standard of care* nella tutela risarcitoria per responsabilità medica
di Katarzyna Gromek –Broc e Ettore Smiroldo 621

Saggi e pareri

The Alien Contract

di Giorgio De Nova

Summary: 1. Definition. – 2. The phenomenon. – 3. The validity of alien contracts. – 4. Alien contracts: structure issues. – 5. Alien contracts and interpretation. – 6. Clauses in alien contracts and the Italian law barrier. – 6.1. Miscellaneous provisions and boilerplate clauses. – 6.2. Merger Clause or Entire Agreement Clause. – 6.3. No oral amendment clause. – 6.4. Partial invalidity and severability clauses. – 6.5. The limitation of liability clause and the limit of the willful misconduct. – 6.6. The irreducible liquidated damages clause. – 6.7. Commutative character of the contract and "if and when" clauses. – 6.8. Clauses which limit the submission of exceptions and clauses which prohibit any exception in project financing. – 6.9. "No waiver" clauses and the prohibition to behave contra factum proprium. – 7. Alien contracts and mandatory rules.

1. Definition

A contract governed by Italian law but conceived and drafted on the basis of a common law model and in particular a U.S. and/or a U.K. model can be defined as an "alien contract".

The term "alien" derives from the Latin "alius", which means "other", but "alien" means also "extraterrestrial".

2. The phenomenon

Nowadays nobody drafts contracts by writing *ex novo* a series of clauses reflecting the economic agreement reached by the parties, or assuming that all aspects of the relationship between the parties not expressly included in the contract shall be governed by the applicable law.

Today the counsels of the parties propose amendments, deletions and additions to a pre-existing contractual text, which has been built in the course of time by the legal practitioners, is shared by the counsels and claims to govern every facet of the relationship between the parties.

In the past a contract (to use the wording of art. 1372, second paragraph, of the Italian Civil Code) "produced the effects" specifically provided for and, for the rest, it was governed by the law, which guaranteed uniformity of contracts of the same type; today's contract complies with a model, which guarantees the same uniform-

ity and is a contract which not only produces specific effects, but also regulates the whole relationship as well as its development and the related remedies.

Today's contract is not a contract requiring to be supplemented by applicable law; rather, it is a contract which does not intend (would not intend) to be governed by any law and leave any room to judges.

If there are two parties, the initial text may be significantly modified, depending on the negotiating power of the parties.

If there is one party on one side, and several "bidding" parties on the other, the initial text shall be submitted in principle as "unmodifiable" (but the submission of "clarifications" and "assumptions" by the participants to a tender *de facto* reduces said "unmodifiability").

What has to be highlighted is that the final result shall be a contractual text not far from the initial text: as a matter of fact, when a clause of the initial text is amended, it is often replaced by an alternative standard clause relative to the same matter.

In a nutshell, alien contracts tend to be complete and uniform.

An alien contract is used: (i) when a non–Italian party enters into a contract with an Italian party and the contractual position of the latter is so strong as to impose Italian law as the applicable law; (ii) when, at the moment of preparing the contractual text, the counterparty of an Italian party is not known yet, as it shall be identified upon the outcome of an international tender, and even if the counterparty will eventually be Italian, the contractual text shall remain the Anglo-American text, acceptable in general by any counterparty; (iii) when the counterparty of the Italian party is an Italian entity controlled by a non-Italian company; (iv) when the U.S. parent company of a multinational group imposes its Italian subsidiary to use standard contracts prepared in the U.S., often in English, and not even translated into Italian.

The phenomenon is broader than the *atypical contract* allowed and governed by art. 1322 of the Italian Civil Code; in addition to contracts which do not conform to the types of contract specifically disciplined by Italian law, there are contracts, as the sale and purchase agreement for the transfer of relevant participations in a corporation, which cannot be defined as "atypical", or the agreement for the sale of a business, which ignores the provisions of Italian law on the transfer of a line of business, although such provisions certainly do exist.

These contracts deliberately ignore Italian law, although Italian law is the applicable law.

3. The validity of alien contracts

In general, the barrier posed by Italian law seems to be weak: alien contracts, sooner or later, were accepted and, furthermore, recognized by Italian legislation.

Performance bonds created some problems as regards their *causa*, but art. 75, 4° paragraph, of Italian Legislative Decree n. 163 of April 12th, 2006, requires the issuance of a guarantee "upon first demand" in the field of public works; similar problems were caused by derivative contracts, but art. 23, 5° paragraph, of the TUF [*Testo Unico della Finanza*; Consolidated Law on Finance] specifically provides that art. 1933 of the Italian Civil Code[1] does not apply to them.

It was debated whether lease back violated the prohibition of foreclosure agreements (*pactum commissorium*), but art. 2425bis, 4° paragraph, of the Italian Civil Code, refers to capital gains "deriving from a sale transaction where the asset is leased back to the seller"; with respect to financial guarantee contracts which provide for the transfer of property for the purpose of guarantee, art. 6, 2° paragraph, of Italian Legislative Decree n. 170 of May 21st, 2004, provides that "art. 2744 of the Italian Civil Code does not apply"[2].

It was debated whether the "internal trust" violated art. 2740 of the Italian Civil Code[3]. But art. 2645ter of the Italian Civil Code allows the destination act for worthy purposes, which subtracts the destined goods from the generic guarantee in favor of the creditors.

It was debated whether leveraged buyout violated the rule prohibiting a company to grant loans or issue guarantees for the purchase of its own shares, but today art. 2501bis of the Italian Civil Code governs the merger of the target company into the acquiring company following a leveraged acquisition.

In summary, contracts valid in their native country are valid also as alien contracts.

This does not mean that we should put in the agenda the issue "blind adoption of alien contractual models". The Italian legal counsel must put in the agenda the issue "critical comparison of alien contractual models with the Italian legal system".

---

1 1933. *Non-actionability*. No action can be brought to collect claims deriving from gambling or wagers, even in the case of games or wagers which are not prohibited by law.
However, a loser cannot recover what he has voluntarily paid following the outcome of a game or wager in which there has been no fraud. Recovery is always allowed if the loser is a person lacking capacity.
[The translation of this article and of all the articles translated in the text and in the footnotes is authored by Beltramo, Longo, Merryman, *The Italian Civil Code*, Oceana Publications].

2 2744. *Prohibition of foreclosure agreement* (*pactum commissorium*). Any agreement establishing that, upon failure to pay the claim within the fixed time limit, ownership of property mortgaged or given in pledge passes to the creditor, is void. Such an agreement is void even if subsequent to the establishment of the mortgage or pledge.

3 2740. *Liability affecting one's own property*. A debtor is liable with all his present and future property for the performance of his obligations.
Limitations upon such liability are not allowed except in the cases set forth by the law.

4. Alien contracts: structure issues

There are alien contracts which pose first of all an issue of structure.

Being used to the contract as an agreement between two parties, with some surprise we find the so-called "releases", in Italian "*liberatorie*", among "image contracts".

To the extent that we have a release *strictu sensu*, i.e. a unilateral declaration of the image owner which consents to its use, waiving any claim and holding harmless the user thereof from any liability, everything works: there is the consent by the interested party, which excludes the possibility to claim an abuse under art. 10 of the Italian Civil Code[4]. The situation is different in case we find a declaration signed by the owner of the image only (e.g. a model or a testimonial), who declares the following: "*in consideration of the payment provided below and other valuable consideration, receipt whereof is hereby acknowledged, I hereby agree as follows: I hereby give and grant to … (Agency) and its client (Advertiser) the right to use, publish and copyright my name, voice, picture, portrait and likeness in any and all media and types of advertising and promotion of …, a product or service of Advertiser, etc*". Therefore, we have a commutative contract structured as a unilateral act.

Being used to the sequence: negotiation/preliminary contract/final contract, we run into a similar (but not identical) sequence in the sale of qualified corporate participations: *letter of intent, due diligence, sale and purchase agreement, closing*. Such a sequence raises, in relation to the applicable Italian law, a series of questions not completely novel, but to be considered in a new perspective.

Is the letter of intent binding upon the parties? Can interference in the relationship between the signatories of a letter of intent be tortious to the same extent that interference in a contractual relationship can be? Are the clauses in a letter of intent excluding the pre-contractual liability of the parties valid? Does the due diligence limit the liability under the representations & warranties? What is the relationship between share purchase agreement and closing? Upon fulfilment of all conditions precedent and subsequent to closing, may one of the parties obtain specific performance by a court decision pursuant to art. 2932 of the Italian Civil Code?[5]

[4] 10. *Abuse of another person's likeness*. Whenever the likeness of a person, or of his parent, spouse, or child, has been exhibited or published in cases other than those in which such exhibition or publication is permitted by law, or in a manner prejudicial to the dignity or reputation of such person or relative, the court, upon request of the interested party, can order the termination of the abuse without prejudice to the right to damages.

[5] 2932. *Specific enforcement of obligation to make contract*. If a person who is bound to make a contract does not perform his obligation, the other party, when possible and unless he is barred by the instrument, can obtain a judgment producing the same effects as the contract which has not been made. In the case of contracts for the transfer of ownership of a specified thing or the establishment or transfer of another right, the

5. Alien contracts and interpretation

Alien contracts (in particular those intending to be self-sufficient) begin with recitals, followed by the definitions of the key terms used in the contract.

Being used to consider a contract as the target of interpretation, and not interpretation as one of the subject matters of the contract, we must approach in a different way the issue of interpretation of alien contracts.

Recitals are certainly useful for the interpretation of the contract, in addition to other purposes: they contain data on the parties, the scope of the contract, and often express the objective of the parties.

A list of agreed definitions of the terms which shall be used in the contract (which when used in the defined meaning shall be written with the initial capital letter) offers the primary instrument for interpretation.

Any interpreter is bound by said definitions, and there may be room for argument only in case there are ambiguities or inconsistencies between the definitions, or between the clauses and the definitions.

In alien contracts we found also clauses on the interpretation of the agreement, like the following: «*unless otherwise indicated:*

a) all capitalized terms defined in the text of the Agreement shall have the meaning defined through this Agreement;

b) the words "hereof", "herein", "hereunder", and words of similar import, shall refer to this Agreement as a whole and not to any particular provision thereof;

c) the terms defined in the singular shall have the comparable meaning when used in the plural, and vice versa;

d) any reference to Articles, Paragraphs or Schedules contained in this Agreement shall be deemed to be a reference to Articles, Paragraphs and Schedules of this Agreement».

The intent of the parties is to rule also the interpretation of their agreement.

6. Clauses in alien contracts and the Italian law barrier

The Italian law barrier seems to be more efficient in relation to single clauses of alien contracts. A list of clauses to be checked follows.

6.1. Miscellaneous provisions and boilerplate clauses

At the end of alien contracts, there are a number of final clauses having no economic value and the most various content which are collectively indicated as "*mis-*

action cannot be granted if the party who instituted it does not carry out his performance or does not offer to do so with the formalities prescribed by law, unless such performance cannot yet be demanded.

cellaneous provisions": the *merger clauses* or *entire agreement clauses,* aiming to exclude what is not specifically included in the text of the contract, the *no waiver clauses*, aiming to clarify whether it is possible to invoke a waiver, the *severability clauses*, governing the consequences of the possible invalidity of a single clause, and so on.

A first general question arises with respect to them: are these clauses "stylistic clauses" and, therefore, void? The courts hold that stylistic clauses are void as they routinely reproduce a common expression of a standard practice rather than the effective will of the parties.

In order to try and make this legal formula more significant, we might say that there may be clauses in the contract which cannot be referred to the will of the parties, because they were inserted upon the initiative of a third party, i.e. by the counsels who drafted the contract in the interest of the parties; and therefore, such clauses were not discussed by the parties nor did the parties require – even impliedly – that they be inserted in the contract, nor were such clauses considered by the parties at the moment of execution of the contract.

This is a marginal phenomenon with regard to autochthonous contracts, substantially limited to the cases when a notary public prepares an act using common formulas of notarial practice. The phenomenon is more frequent with regard to alien contracts, where the *boilerplate clauses* reign. Indeed it is not rare to find clauses which simply repeat what is already provided by the applicable law. An example is given by clauses which solemnly state that the contract may not be assigned without the prior written consent of the other party: «*Each Party shall not assign this Contract without the prior written consent of the other Party*»; this clause does nothing more than repeating art. 1406 of the Italian Civil Code[6] on assignment.

6.2. Merger Clause or Entire Agreement Clause

6.2.1. Samples

«*Merger Clause. The terms and conditions contained in this Agreement, Exhibits and Schedules constitute the entire agreement between the Parties and supersede all previous agreements, either oral or written, between the Parties with reference to the subject matter dealt with in this Agreement and no understanding which eventually amends or amplifies it shall be binding on either of the Parties, unless it is in writing, referring expressly to this Agreement and is signed by the Parties or by their respective representatives who have been duly authorised*».

[6] 1406 *Notion*. Each party can substitute for himself a third person in the relationships arising from a contract for mutual counterperformances, if these have not yet taken place, provided that the other party consents thereto.

«*Entire Agreement. This Agreement, including the Exhibits attached hereto, constitutes the entire agreement between the parties, superseding all prior oral or written representations, negotiations, understandings and agreements, on the subject matter hereof, and there are not conditions to this Agreement that are not expressed herein*».

6.2.2. Merger Clauses under Italian Law

It has been noted that it often happens that parties use a standard form contract containing a merger clause to which they pay no attention.

Assuming that an entire agreement clause is not a stylistic clause, but it reflects the effective will of the parties, the effects it can have under Italian law need to be ascertained.

A clause which provides that the contract supersedes any prior agreement executed by the parties regarding the same subject matter is not customary under traditional Italian contract practice, due to legal limits to proof by witnesses, provided by art. 2722 of the Italian Civil Code[7]. An argument supporting the validity of this clause is that under Italian law the parties may always "novate" a contract by replacing it with another contract.

On the contrary, under Italian law a clause is not valid if it derogates art. 1362 of the Italian Civil Code, which provides: "That which was the common intent of the parties, not limited to the literal meaning of the words, shall be sought in interpreting the contract. In order to ascertain the common intent of the parties, the general course of their behaviour, including that subsequent to the conclusion of the contract, shall be taken into account." It is clear that the wording "behaviour, including that subsequent to the conclusion of the contract" also means that the behaviour prior to the conclusion is relevant for the purposes of interpretation of the contract.

The issue of the validity of a clause aiming to bar the ascertainment of the common intent of the parties has been discussed by Italian scholars rather than in court, due to the fact that entire agreement clauses, as we said, are not customary in traditional Italian contractual practice. It is very important to note that the prevailing opinion of Italian scholars is that article 1362 of the Italian Civil Code cannot be derogated, because it is an expression of the principle of good faith and it governs the activity of the judge, which is an activity based on public interest.

Therefore, an entire agreement clause under Italian law cannot be interpreted as a clause derogating to article 1362 of the Italian Civil Code, because otherwise it would be null and void. Moreover, it is a precise rule on interpretation of a contract

[7] 2722. *Stipulations added or contrary to contents of document*. Proof by witnesses is not permitted to establish stipulations which have been added or are contrary to the contents of a document, and which are claimed to have been made prior to or at the same time as the document.

that "in case of doubt, the contract or the individual clauses shall be interpreted in the sense in which they can have some effect, rather than in that according to which they would have none."[8]

In short, under Italian law, an entire agreement clause cannot prevent the judge from interpreting the contract by examining the common intent of the parties in the light of their overall behaviour, prior and subsequent to the execution of the contract.

6.2.3. Merger Clauses under UNIDROIT Principles

It is worthwhile noting that the same solution can be found in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, at art. 2 (1)(17): '*Merger clauses*. A contract in writing which contains a clause indicating that the writing completely embodies the terms on which the parties have agreed cannot be contradicted or supplemented by evidence of prior statement or agreements. *However, such statements or agreements may be used to interpret the writing* [emphasis added]'.

6.2.4. Merger Clauses under CISG

If the parties have chosen to apply Italian law to a contract for the sale of goods, the international conventions to which Italy is a contracting party, may apply. Therefore the effects of the entire agreement clause must be considered in light of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods signed on April 11, 1980, the so-called Vienna Convention (hereinafter also referred to as "CISG").

Considering that the CISG (as provided by article 6) can be derogated by the parties, the issue of the effects of an entire agreement clause in a contract governed by the CISG has been considered by the CISG Advisory Council in its opinion dated October 23, 2004, with the following conclusion (par. 4.6): "Under the CISG, an Entire Agreement Clause does not generally have the effect of excluding extrinsic evidence for purposes of contract interpretation. However, the Entire Agreement Clause may prevent recourse to extrinsic evidence for this purpose if specific wording, together with all other relevant factors, make clear the parties' intent to derogate from article 8 for purposes of contract interpretation."

Therefore, it is necessary to check whether the specific entire agreement clause deals with contract interpretation and contains any derogation from article 8 of the CISG, which governs the interpretation of the contract.

As for Italian law itself, in short it can be said that: a) on the one hand, agreements, oral or written, prior to the execution of the contract, are superseded by the contract, meaning that the obligations of the parties are those provided by the contract, and obli-

[8] Art. 1367 of the Italian Civil Code.

gations of the parties which are provided in previous agreements, but not in the contract, cannot be added to the obligations provided in the contract; but b) oral or written agreements, as well as the overall behaviour of the contracting parties before and after the execution of the contract shall be considered in the interpretation of the contract.

In my opinion, the crucial issue is not the infringement of the good faith principle, but the activity of the judge being of public interest: therefore the solution will be different in case, instead of a judge, there is an arbitrator, as in this case the general principle pursuant to which the arbitration is based on the will of the parties will apply. And considering that the arbitral clause is normally inserted in alien contracts, said clauses may be saved.

6.3. No oral amendment clause

«*No amendment or variation to this Agreement shall take effect unless it is in writing, signed by authorised representatives of each of the Parties*».

A clause which provides that no amendment or variation to the contract shall take effect unless it is in writing and signed by authorised representatives of each party shall be checked, with regard to Italian Law, against the rules concerning the form and representation.

As for the form, article 1352 of the Italian Civil Code provides as follows: "if the parties have agreed in writing to adopt a specified form for the future contract it is presumed that such form was intended for the validity of the contract." If the parties are free to agree to adopt a form for a future contract, which is not required by the law, there is no reason to discuss the validity of a clause which provides that a variation to a contract shall be made in writing. However, it is disputed whether under Italian Law the agreement of the parties to adopt a specific form (e.g., the written form) can be considered as superseded in the event that afterwards the parties orally finalize the contract.

Case law is uncertain: some decisions accept that the agreement on the form can be cancelled by the conduct of the parties, while other decisions require the written form to cancel the agreement on the form.

As for the undersigning by an authorized representative, the clause can have effects under Italian Law, because the parties can provide information on the power of the persons involved in a contract.

6.4. Partial invalidity and severability clauses

"*If any one or more of the provisions contained in this Agreement or in any other document delivered pursuant hereto shall, for any reason, be held to be invalid, illegal or unenforceable in any other respect, such invalidity, illegality or unenforceability shall not effect any other provision of this Agreement or any such document.*": this is an example of a severability clause.

If we consider this clause as a clause which derogates the invalidity rules, which particular reference to art. 1419 of the Italian Civil Code[9], we must conclude that it is invalid. In order to save the clause we should read it as a clause by which the parties declare that the contract is made of separable rules. But such a generic declaration does not convince.

6.5. The limitation of liability clause and the limit of the willful misconduct

Alien contracts are shameless, they contain clauses that do not even consider mandatory rules of Italian Law; so we may find clauses which directly clash with mandatory rules. Thus, we find clauses which in any case limit contractor's liability to a percentage of the contract price. Here it is necessary to remember that, on the contrary, according to art. 1229 of the Italian Civil Code the limit of willful misconduct or gross negligence applies[10].

The clauses which exclude indemnification of "*indirect and consequential damages*" pose delicate problems.

A first comment in this respect is that – pursuant to art. 1223 of the Italian Civil Code[11] – indirect damages are not refundable, whereas loss of profit is refundable; therefore the clause is in part of no use, in part clashes with the prohibition to exclude the indemnification of damages caused by willful misconduct. But, clearly, the concepts are not the same.

6.6. The irreducible liquidated damages clause

We also find liquidated damages clauses which indicate an amount which is declared to be "irreducible". In this case the provision of art. 1384 of the Italian Civil Code[12] allows no doubt as to the invalidity of the clause.

---

[9] 1419. *Partial Nullity*. Partial nullity of the contract or the nullity of single clauses imports the nullity of the entire contract, if it appears that the contracting parties would not have entered into it without that part of its content which is affected by nullity.
The nullity of single clauses does not import the nullity of the contract when, by operation of law, mandatory rules are substituted for the void clauses.

[10] 1229. *Exoneration of liability clauses*. Any agreement which, in advance, excludes or limits the liability of the debtor for fraud, malice or gross negligence is void.
Any agreement which, in advance, exonerates from or limits liability in cases in which the act of the debtor or his auxiliaries (1228) constitutes a violation of a duty arising from rules of public policy is also void.

[11] 1223. *Measure of damages*. The measure of damages arising from non-performance or delay shall include the loss sustained by the creditor and the lost profits insofar as they are a direct and immediate consequence of the non-performance or delay.

[12] 1384. *Reduction of penalty*. The penalty can be equitably reduced by the judge, if the principal obligation has been partly performed or if the penalty is manifestly excessive, always taking into account the interest which the creditor had in the performance.

6.7. Commutative character of the contract and "if and when" clauses

The presence in sub-contracts of "*if and when*" clauses poses – in certain circumstances of application – the problem of their validity, in relation to the principle of good faith.

6.8. Clauses which limit the submission of exceptions and clauses which prohibit any exception in project financing

In project financing contracts we find clauses providing, for instance: «*each of the Parties waives any rights which it may have pursuant to articles 1460, 1467 or 2236 of the Italian Civil Code or otherwise to apply to have this Contract revised or set aside as an onerous contract; and each of Owner and Contractor hereby irrevocably and unconditionally waives, to the extent permitted by applicable law, any and all rights which it may now have or which may at any time hereafter be conferred upon it, by applicable law or otherwise, to terminate (risoluzione and rescissione), cancel (annullamento), quit or surrender this Contract, except in accordance with the express terms hereof or as otherwise agreed in writing between Owner and Contractor*».

Of course, within the framework of a project financing deal each contract must be interpreted in light of the overall transaction, but at least "rescissione"[13] pursuant to art. 1462 of the Italian Civil Code[14] cannot be excluded.

6.9. "No waiver" clauses and the prohibition to behave contra factum proprium

«No waiver of any provision of this Agreement nor consent to any departure therefrom from any of the Parties shall be effective unless the same shall be in writing and then such waiver or consent shall be effective only in the specific instance and for the purpose for which it is given. No default or delay on the part of any of the Parties in exercising any

[13] 1447. *Contract concluded in state of danger*. A contract by which one party assumes obligations under unfair conditions because of the necessity, known to the other party, of saving himself or others from a present danger of serious personal injury can be rescinded on demand of the party who assumes such obligations.
In awarding rescission the judge can according to the circumstances award fair compensation to the other party for work performed.
1448. *General action of rescission for lesion*. If there is a disproportion between the performance of one party and that of the other, and such disproportion was the result of a stet of need of one party, of which the other has availed himself for his advantage, the injured party can demand rescission of the contract.
The action is not admissible if the lesion does not exceed one-half of the value that the performance made or promised by the injured party had at the time of contract,
The lesion must continue until the time when the action is instituted.
Aleatory contracts cannot be rescind for lesion.
The provisions concerning rescission of partition are unaffected.

[14] *Clauses limiting pleading of defenses*. A clause providing that one of the parties cannot set up defenses for the purpose of avoiding or delaying performance due by him has not effect on defenses based on nullity, voidability and rescission of the contract.

rights, powers or privileges hereunder shall operate as a waiver thereof or of any other rights hereunder, nor shall a single or partial exercise thereof preclude any other or further exercise thereof or the exercise of any other right, power or privilege». This is a "*no waiver*" clause, which may violate the principle that a person loses its right if it does not enforce it and the other party is entitled to rely on its inertia (*venire contra factum proprium*).

7. Alien contracts and mandatory rules

Alien contracts, drafted on the basis of Anglo-American practice but governed by Italian law, are becoming widely used in Italy. The following consequences deserve careful consideration: the non-mandatory legal rules lose any interest, as alien contracts claim to be complete and do not want any integration; the problem of derogation to rules inspired by the good faith principle arises; the Italian law barrier does not stop the alien contracts; individual clauses must be assessed also from the viewpoint of their possibly being stylistic clauses.

Alien contracts often use concepts and doctrines that are foreign to Italian law; a clause might be worded in terms quite different from those of a mandatory provision of law which refers to a set of facts in a very specific and analytical way. Therefore, in order to scrutinize whether a clause in an alien contract is valid, it is not sufficient to test it against rules of that kind. It is necessary to test it against "material rules", i.e. rules that forbid or prevent a certain result, irrespective of the means, of the legal structure, by which the result is attained.

Il "contratto di rete": dialogo tra un notaio e un professore su una leggina recente

di Marco Maltoni e Paolo Spada

1. La rete (contrattuale) di imprese

Il sintagma "contratto di rete" è affiorato nel linguaggio legislativo con l'art.3 comma 4 *ter* del decreto legge 10 febbraio 2009, n.5, convertito, con modificazioni, dalla L.9 aprile 2009, n. 33, e poi oggetto di una significativa rivisitazione ad opera della L.122/2010. La realtà giuridica così designata ha attratto – ed attrae – tanto l'interesse degli operatori economici, desiderosi di cogliervi un'opportunità di rafforzamento delle strutture imprenditoriali, oggi particolarmente indebolite dalla congiuntura economica negativa; quanto l'interesse degli studiosi del diritto, indipendentemente dalle rispettive "specializzazioni" (semplificando: dei "civilisti" non meno che dei "commercialisti").

Ai sensi del vigente comma 4 *ter* dell'art.3 del D.L. 5/2009, "con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati, attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica, ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa". Si prevede, nel medesimo alinea, la possibilità (e non la necessità) di istituire un fondo patrimoniale comune e di nominare "un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o di fasi dello stesso".

Nel tessuto normativo della legge dedicata al "contratto di rete" non si colgono regole intese a temperare o completare l'autonomia contrattuale dei paciscenti né a governarne la posizione nei confronti dei terzi; eccezion fatta per quella relativa alla responsabilità patrimoniale in caso di costituzione (facoltativa – lo si sottolinea ancora) di un fondo comune, regola ricavabile da un difficoltoso rinvio agli artt. 2614 e 2615 c.c., da applicarsi "in quanto compatibili".

Per converso, la conclusione di "contratti di rete" è premiata con il riconoscimento di alcuni vantaggi fiscali alle imprese partecipanti in relazione agli utili investiti

nel programma comune[1] e con l'applicazione delle disposizioni dell'art. 1, comma 368, lettere b), c) e d) della l. 23 dicembre 2005 n. 266, sui distretti produttivi, previa autorizzazione ministeriale.

Tanto acquisito, e nonostante un impiego non sistematicamente sorvegliato del lessico legislativo possa indurre diverse suggestioni (come è puntualmente accaduto), l'esemplare giuridico che sembra ricavarsi dal testo di legge è quello, non già di un tipo contrattuale nuovo[2] (cioè di un modello di accordo a contenuto patrimoniale precostituito dalla legge per integrare, temperare, rifiutare o rimpiazzare regole convenzionali fissate dai paciscenti, nell'esercizio della libertà loro riconosciuta dall'art. 1322 c.c.), bensì di un insieme di requisiti (clausole, vincoli formali, formalità) in presenza dei quali contratti, genericamente funzionali alla cooperazione interaziendale, comunque nominati, consentono alle imprese contraenti di beneficiare delle agevolazioni e delle provvidenze di sostegno nazionali ad un tessuto imprenditoriale in sofferenza. In altri termini, la disposizione citata sembra non già arricchire la tipologia dei contratti nominati, bensì fondare la nozione di "rete di imprese" e farne l'antecedente di agevolazioni e immunità, indipendentemente dalla qualificazione tipologica del contratto (o dei contratti) di volta in volta concluso (o conclusi)[3]. Avvalendosi, per amor di concisione, di una recente proposta e un po' parafrasandone il significato piacerebbe affermare che il "contratto di rete" è un fatto, non un tipo contrattuale[4]

Si ha così "rete di imprese", ai sensi dell'art.3 comma 4 *ter* del D.L.5/2009, ogniqualvolta un contratto plurilaterale di cooperazione interaziendale, comunque qualificato secondo il diritto comune (consorzio senza attività esterna, associazione

[1] In argomento è stata emanata dalla Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa, la Circolare n.15/E del 14 aprile 2011.

[2] In senso contrario G. Villa, *Reti di impresa e contratto plurilaterale*, in *Giur. comm*., I, 2010, p.947, per il quale "la previsione così introdotta nel sistema delinea quindi un particolare tipo contrattuale, in verità vicino al consorzio con attività esterna (art.2612 c.c.).". In particolare, secondo l'A. "la legge tipizza il contratto di rete quale contratto plurilaterale.". Nel senso che la disciplina darebbe vita ad un nuovo tipo contrattuale G. Mosco, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. comm*., I, 2010, p.862, per il quale il contratto di rete "è un contratto tipico rientrante nella categoria dei contratti plurilaterali con scopo comune. … La qualificazione del contratto di rete come contratto tipico non esclude nemmeno la possibilità di riconoscergli grande ampiezza anche sul piano della funzione."

[3] Si conviene con la considerazione che la predeterminazione normativa di requisiti contrattuali necessari per la qualificazione come "rete di imprese" valga a marcare in maniera netta la differenza rispetto ai distretti industriali, "concetto empirico, fondato su dati economici e sociali". G. Villa, *op.cit*., p.945.

[4] A. Gentili, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, in *I contratti* 6/2011, p. 617 ss., *ivi.* Il registro della citazione è parafrastico, perché Gentili parla di "fattispecie negoziale" e affronta, poi, problemi squisitamente negoziali come quello della causa; laddove qui, usando il termine "fatto" in contrapposto a tipo vuol sottolinearsi che l'antecedente della disciplina dettata dalla legge in esame è pensabile non come programma negoziale, bensì come la sommatoria di eventi, presi nella loro oggettività: un contenuto negoziale multitrans- o atipico, una forma, formalità a carico dei contraenti). In quest'ottica si rifiuta la legittimità conoscitiva di interrogarsi sulla causa del contratto di rete.

temporanea di imprese ….), o, perché no?, contratti di scambio opportunamente collegati in funzione della predetta cooperazione (appalti, somministrazioni ecc.) presentino i requisiti di contenuto e di forma previsti nella disposizione in parola[5].

Sembrerebbe, tuttavia, da escludere dalla tipologia contrattuale compatibile con la nozione di "rete di imprese", di cui alla legge in esame, il consorzio con attività esterna, stante che questo si caratterizza per e comporta l'applicazione di una disciplina che – come si chiarirà (v. *infra* §§ 5 e 6) – è irriducibile alle condizioni di qualificazione di una collaborazione interaziendale come "rete d'imprese"; e ciò in punto di (i) entificazione, (ii) organizzazione – necessariamente corporativa, nel consorzio, cioè articolata per competenze distinte e correlate figure decisionali e dichiarative (uffici ed organi) – e (iii) di regime pubblicitario. Giova, peraltro, subito rilevare che un'interpretazione (solo o prevalentemente attenta al dato) letterale del testo normativo solleverebbe**,** in un'ottica costituzionalmente sensibile, un serio rischio di violazione del principio di parità di trattamento, posto che, irragionevolmente, i benefici di legge verrebbero negati a iniziative di integrazione interaziendale proprio quando queste sono – come è da dirsi per i consorzi con attività esterna – più stabili, evolute e riconoscibili (perché, appunto, entificate, organizzate corporativamente e soggette a pubblicità come tali). Il che potrebbe legittimare una coraggiosa interpretazione, costituzionalmente orientata, che, dando prevalenza alla *ratio legis* sui vincoli testuali, includesse tra le "reti d'imprese" qui considerate anche quelle risultanti da un consorzio con attività esterna[6].

Alla qualificazione come "rete" del contratto o del collegamento di contratti (comunque denominati) consegue l'accesso alle provvidenze ed ai vantaggi che una qualsiasi legge riconosce alle imprese che "fanno" rete, essendo questa, se non l'unica, almeno la principale ragione della disciplina in esame. E salvo quanto eventual-

[5] Secondo F. Cafaggi, *Il nuovo contratto di rete*: "learning by doing"?, in *Contratti*, 2010, p.1143, "il contratto di rete costituisce una figura transtipica. Esso non rappresenta soltanto un nuovo tipo contrattuale che si affianca ai tanti modelli già esistenti di reti di imprese a carattere contrattuale od organizzativo. La sua disciplinasi colloca tra quella generale del contratto e quella del singolo tipo, dal momento che può svolgere una pluralità di funzioni coincidenti con uno o più pluralità di tipi esistenti ovvero dare luogo alla creazione di nuovi tipi contrattuali. Tale collocazione consente da un lato di impiegare modelli contrattuali già esistenti, connotandoli in senso più marcatamente reticolare, e, dall'altro, di combinare più figure causalmente definite, per costituire reti di imprese complesse, in grado di governare segmenti, anche rilevanti, della filiera produttiva." In tal senso anche, P. Iamiceli, *Dalle reti di imprese al contratto di rete: un percorso (in) compiuto*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p.27, per la quale "il contratto di rete "potrebbe essere impiegato per dar veste ad operazioni economiche riconducibili a una pluralità di figure tipiche o atipiche (meglio social-tipiche) già previste dall'ordinamento o conosciute nella prassi: dall'a.t.i. al consorzio (nella duplice forma del consorzio con attività interna o esterna), dalla joint venture alle reti di produzione o di distribuzione".

[6] Ne conseguirà, per coerenza, la necessità di sommare, ai requisiti di forma, contenuto e pubblicità tipici dei consorzi con attività esterna, quelli previsti dalla disciplina in esame per accedere ai vantaggi riconosciuti alle reti di imprese, alla stregua di quanto accade ogni qualvolta un ente voglia accedere alla disciplina fiscale prevista per le O.N.L.U.S.

mente sarà possibile ricavare dal rinvio testuale alle norme contenute negli artt.2614 e 2615 c.c., in quanto compatibili.

Dall'esame complessivo dell'articolato normativo sembra emergere che presupposti necessari di una rete "riconosciuta" siano:

a) la presenza di almeno due imprenditori;
b) l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di crescita della capacità competitiva sul mercato;
c) la determinazione di modalità per misurare il progresso, individuale e collettivo, verso tali obiettivi;
d) la definizione del programma di rete, che determini i diritti ed gli obblighi ascritti a ciascun partecipante, e le modalità di realizzazione delle scopo comune;
e) la durata della "rete";
f) le procedure di adesione di altri imprenditori;
g) le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia di interesse comune;
h) l'osservanza di vincoli di forma e di formalità pubblicitarie.

Ogni altro profilo (*lato sensu*) organizzativo, sebbene indicato dalla legge, è eventuale[7], e la sua assenza non assume rilievo agli effetti del riconoscimento dell'accordo interaziendale, comunque nominato, come rete di imprese (sempre ai fini della legge in discorso).

Coerenza con l'impostazione qui proposta raccomanda di procedere all'analisi delle norme dell'art.3 comma 4 *ter* del D.L. 5/2009, come novellato, allestendo un inventario, di portata inevitabilmente esemplificativa, delle clausole dell'accordo interaziendale necessarie perché vi si colga una rete "riconosciuta" agli effetti di questa legge e di quante le siano ancorate; ferma l'esigenza che i patti non siano in contrasto con le regole dettate per il tipo o per i tipi nominati (eventualmente) coinvolti nell'accordo medesimo.

2. Le parti, la forma e la pubblicità del contratto

Alla rete, funzionale al conseguimento dei vantaggi normativi ai quali si è fatto cenno, possono partecipare solo imprenditori[8]. Senza discriminazione, parrebbe, tra

[7] La dottrina ritiene che la nozione di rete contrattuale ricavabile dal testo normativo si articoli in almeno tre tipi. "1) Una forma leggera di rete, diretta allo scambio di informazione o prestazioni. Si tratta della tipizzazione di un contratto plurilaterale di scambio che trova dunque diretto riconoscimento legislativo e una prima, ancorchè incompleta disciplina. 2) Una forma più intensa avente oggetto di collaborazione introdotta come era stato auspicato nei primi commenti al testo precedente. 3) Una terza forma che si riferisce all'esercizio in comune di attività da parte delle imprese partecipanti alla rete." F. Cafaggi, *Il nuovo contratto di rete*: "learning by doing"?, cit., p. 1146.

[8] Così F. Cafaggi, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2009, p. 920.

imprenditori commerciali e agricoli, da un lato, e piccoli e medio-grandi dall'altro. Ed in questo senso depone anche, in prospettiva sistematica, il comma 367 dell'art. 1 della legge che contempla i distretti produttivi (266/2005), laddove prevede che "l"adesione [ai distretti] da parte di imprese industriali, dei servizi, turistiche ed agricole e della pesca è libera".

Per converso, architettura, contenuti della disciplina e obiettivi di politica legislativa sottesi sembrano precludere aperture interpretative ad enti di erogazione e a professionisti intellettuali.

In tal senso milita anche la regola per la quale "il contratto di rete è soggetto ad iscrizione nella sezione del Registro delle Imprese presso cui è iscritto *ciascun* partecipante" (comma 4 *quater* [enfasi aggiunta]); regola che presuppone la qualità di imprenditore di ogni partecipante[9].

Ciò detto, non sembra, in principio, incompatibile con il paradigma della "rete", preordinato all'applicazione della disciplina d'agevolazione veicolata dalla legge in esame, la presenza tra le parti del contratto (o dei contratti) di figure non imprenditoriali, purché tale presenza sia funzionalmente giustificata nell'ottica del "programma" (potrebbe pensarsi a finanziatori, a enti pubblici, ad associazioni di consumatori). Ma, in tal caso, agevolazioni ed immunità resterebbero riservate ai contraenti-imprenditori[10]. E fermo restando lo scrutinio di compatibilità delle parti non dotate di qualifica professionale con il contratto "ospitante" (o con i contratti il collegamento dei quali genera la "rete contrattuale" agevolata dalla legge in esame).

In ragione del fatto che la qualità di imprenditore di persone od enti deve, ai fini delle legge in esame, risultare dall'iscrizione nel registro delle imprese, diviene, in questo contesto, inutile misurarsi con la storica questione del momento a decorrere dal quale taluno può essere considerato imprenditore (problema del c.d. inizio dell'impresa).

In ordine alla forma, la legge prescrive che il contratto "deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata"; ma solo "ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4 *quater*". In coerenza alla visuale qui preferita, non si pone neppure questione circa la forma del "contratto di rete": certo, la validità

[9] Il che peraltro non impedisce a enti o a professionisti o comunque a soggetti non iscritti nel registro delle imprese di stipulare, nei limiti consentiti dalle leggi speciali ad essi dedicate, *joint venture* o contratti associativi innominati per conseguire scopi affini, senza tuttavia che si possa parlare di contratto di rete, agli effetti soprattutto dei vantaggi e delle provvidenze previste dalla legislazione a favore dei partecipanti alla rete

[10] Da questa conclusione non dovrebbe dissentire A. Gentili, *op. cit.*, p. 622; il quale – tuttavia – dopo aver isolato come partecipanti "in aggiunta" i contraenti non imprenditori, inclina a espungerli dalla "rete", a farne termini di "rapporti esterni". Forse si tratta di *verbiage* per arrivare alla medesima conclusione qui sottoscritta: la presenza di non imprenditori tra i contraenti non impedisce la qualificazione di "rete" ai fini dei benefici di legge (che sono l'unica realtà per la quale una "rete" è per la legge in esame "rete"), ma i benefici ridondano soltanto a favore dei contraenti imprenditori.

del contratto "ospitante" (cioè della componente contrattuale della fattispecie-rete) ben potrà essere vincolata ad una forma *ad substantiam*[11]; ma la forma prevista dalla legge in esame è contrattualmente indifferente, assolvendo essa una funzione meramente "integrativa", cioè condizionante la qualificazione come "rete d'imprese" dell'accordo interaziendale (contrato o collegamento di contratti) e l'accesso ai benefici che tale qualificazione comporta.

La nuova formulazione del comma 4 *quater* prevede che "l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari". A stregua di quanto si è fin qui acquisito, l'efficacia cui fa riferimento la legge deve essere intesa non già come idoneità di uno o più contratti a produrre effetti fra le parti (*ex* art.1372 c.c.), ma come idoneità del contratto o del "plesso" contrattuale a costituire una "rete di imprese", a tutti gli effetti normativamente ricollegati a tale qualificazione.

La ragione della scelta normativa sembra ravvisabile nella volontà di evitare che i partecipanti possano sfruttare in maniera impropria i vantaggi, anche fiscali, che la legge connette alla partecipazione alla rete[12], ed è funzionale ad incentivare, fra l'altro, l'istituzionalizzazione delle esperienze di collaborazione e di coordinamento fra imprese fino ad ora fiorite nella prassi e per prassi.

Ai medesimi oneri, formale e pubblicitario, sono naturalmente assoggettate anche le modifiche contrattuali, inclusi i mutamenti soggettivi dei contraenti, poiché la pubblicità viene eseguita con riferimento ad ogni impresa partecipante, la partecipazione alla rete atteggiandosi come una sorta di "qualità" dell'impresa; pertanto,

[11] Per la tesi per cui il requisito formale non sarebbe preteso per la validità del contratto, ma solo per il riconoscimento degli effetti tipici cosicchè la sua carenza costringerebbe esclusivamente ad una riqualificazione in termini di accordo di cooperazione innominato, di *joint venture*. G. Villa, *Coordinamento e contratto plurilaterale*, in *Le reti di impresa e i contratti di rete*, a cura di P.Iamiceli, cit., p.108; M. Orlandi, *Condizioni generali di contratto e reti atipiche*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p.91.
L'opzione interpretativa pare coerente con l'intenzione del legislatore e con la realtà economica. Se sotto il primo profilo, infatti, una delle ragioni dell'intervento normativo è certamente rappresentato dalla volontà di consentire l'istituzionalizzazione degli accordi di cooperazione interaziendale al fine di usufruire di benefici pubblici, anche di natura fiscale, o per facilitare l'accesso al credito; sotto il secondo profilo, occorre non dimenticare la prassi conosceva e conosce un fitto *humus* di accordi di tale natura, nazionale e sopranazionale, che preesistevano alla novità normativa.
Atteso ciò, non si ravvisano ragioni per ritenere che oggi non sia più possibile per le imprese ricorrere a forme di coordinamento prive dei requisiti indicati dalla legge, "a prezzo" di non poter beneficiare delle agevolazioni riservate al contratto di rete.
La carenza del requisito formale si traduce solo nell'impossibilità di qualificare il rapporto nascente dal contratto come "rete di imprese" agli effetti della norma in esame e di quelle che alla stessa si riferiscono.

[12] In proposito si prevede che, almeno fino al periodo di imposta in corso al 31 dicembre 2012, gli utili destinati al fondo comune del contratto di rete non concorrono a formare reddito di impresa, a meno che non siano distratti o venga meno l'adesione alla rete. Come già segnalato, in argomento si veda la Circolare 15/E del 14 aprile 2011 dell'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa.

ogni nuova adesione, così come ogni recesso, dovranno risultare da atto pubblico o scrittura privata autenticata ai fini dell'adempimento degli obblighi pubblicitari.

Poiché le prescrizioni formali sono dirette, per quanto ora detto, ad evitare incertezze in ordine al contenuto del rapporto di rete, a cominciare dall'obiettivo perseguito dalle parti, non sembra possibile, quantomeno con riferimento agli aspetti del rapporto indicati dalla legge, procedere ad un rinvio a fonti subcontrattuali, compresi i regolamenti, se non per la determinazione di elementi di dettaglio e suscettibili di palese inferenza dal contenuto convenzionale, nel senso proprio del termine.

3. Profili programmatici della "rete" contrattuale

Secondo la lettura della legge in parola qui preferita, qualunque accordo interaziendale (o qualunque collegamento di contratti funzionalmente interaziendale) si presta ad essere "contratto di rete" nella misura nella quale "ospiti" le clausole coessenziali alla nozione di rete di cui alla legge in esame: la qualificazione ("rete di imprese") è da pensarsi come il risultato cui mirano le parti, il *perché* ci si accorda (un motivo comune e determinante, se si vuole), non come l'oggetto (nel senso debole di contenuto) e men che mai la causa di un tipo contrattuale (neo)nominato.

Il primo periodo del comma 4 *ter* dell'art. 3 è nitido sul punto: si può far rete collaborando in qualunque forma o ambito predeterminato attinente all'esercizio delle imprese aderenti; oppure scambiandosi informazioni, ma anche prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica; ovvero ancora esercitando in comune una o più attività rientranti nell'oggetto delle imprese partecipanti.

L'unico profilo oggetto di previsione analitica è quello attinente alla descrizione della finalità della rete, e quindi del programma negoziale risultante da un accordo di cooperazione interaziendale comunque nominato e comunque articolato.

Perché vi sia rete agli effetti della disciplina in esame è necessario che siano contrattualmente perseguiti lo scopo di accrescere (individualmente e collettivamente) la capacità innovativa e la competitività sul mercato delle imprese partecipanti.

Si ribadisce che del contenuto necessario del contratto fa parte "l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti" nonché le modalità di misurazione del conseguimento di tali obiettivi (lett. b).

Lo strumento contrattuale deve recare indicazione espressa del programma di rete.

Il rilevantissimo interesse di politica legislativa non può essere trascurato sul piano ermeneutico, ma deve piuttosto indurre ad un'interpretazione coerente.

Il vantaggio che consegue alla partecipazione deve essere riferibile direttamente alle imprese aderenti e propiziarne un miglioramento qualitativo (sotto il profilo tecnologico e per la loro capacità di competere sui mercati).

In altri termini, l'attività svolta in rete e l'obiettivo strategico che tramite il contratto nello specifico si persegue si devono porre in posizione di servizio rispetto alle attività o alle articolazioni dell'attività che le imprese aderenti svolgono e continuano a svolgere in proprio.

L'impresa aderente, tramite la partecipazione alla rete, deve poter migliorare le sue *performance*, la sua capacità individuale di produrre un risultato positivo: in tale prospettiva sembra trovare compiuta giustificazione anche il riferimento all'oggetto e all'attività delle imprese aderenti, contenuto, in particolare, nel primo periodo.

Poiché l'attività (eventualmente) svolta "in rete" deve essere funzionale, nei termini anzidetti, all'attività delle imprese aderenti, questa assolve ad una funzione *lato sensu* ausiliaria delle iniziative imprenditoriali coinvolte.

Al di là di tale generica caratterizzazione di scopo, non sembra che l'autonomia privata incontri ulteriori limiti.

Sotto questo profilo la novella legislativa rende pienamente ragione alla tesi per la quale l'epicentro funzionale della "rete" è la condivisione di un programma di cui le attività delle imprese partecipanti sono parte integrante[13].

Pare evidente, oggi più di ieri, che possono stipulare un contratto che "generi" o "ospiti" una rete non solo imprese che esercitano la medesima attività, ma anche imprese che agiscono in settori complementari, ad ognuna delle quali sia affidato il compito di svolgere una porzione del programma o delle commesse ottenute agendo in rete, e così di farsi aggiudicare lavori complessi, accrescendo, grazie all'integrazione, la competitività delle partecipanti, cioè la possibilità di concorrere per ottenere "commesse" alle quali singolarmente non potrebbero aspirare[14].

Resta sempre la necessità, secondo il testo normativo, che il conseguimento dell'obiettivo strategico specificato nell'accordo di cooperazione sia misurabile sulla base dei criteri selezionati negozialmente dalle parti: proposizione che vale come indicazione

[13] P. Iamiceli, *op.cit.,* p.31.

[14] In tal senso gli esempi proposti dalla dottrina che più di ogni altra ha studiato il fenomeno delle reti di imprese sono molteplici e condivisibili, dall'istituzione di laboratori di ricerca comune al "coordinamento di un progetto di ricerca articolato in fasi, ciascuna di competenza di una diversa impresa aderente"; dal coordinamento di una rete di subfornitura condividendo standard di produzione o metodi di certificazione di qualità al coordinamento di un sistema distributivo orientato alla ricerca di nuovi mercati o all'impiego di nuove strategie di marketing all'amministrazione, conclusione ed esecuzione coordinata di contratti di appalto da parte degli aderenti. Così, P. Iamiceli, *op.cit.*, p.32. Secondo F. Cafaggi, *Introduzione*, in *Il Contratto di rete*, Commentario, a cura di F. Cafaggi, Bologna, 2009, p. 29, "il contratto di rete offre, sul piano causale, diverse possibili combinazioni: (1) dal puro coordinamento di attività indipendenti svolte dalle singole imprese partecipanti a (2) forme di collaborazione caratterizzate dallo svolgimento di attività strumentali svolte direttamente dalla rete aventi ad oggetto la prestazione di servizi alle imprese partecipanti, a (3) forme di attività in cui la relazione con le attività delle singole può essere meno stringente perché la rete svolge attività complementari a quelle delle imprese partecipanti. Dunque dal coordinamento, alla strumentalità ed accessorietà fino alla complementarietà".

dell'idoneità, quantomeno potenziale, del contratto (sottostante) a condurre a risultati "strutturali" per l'impresa aderente (a propiziarne la duratura crescita tecnica, economica, finanziaria ecc.); il che non sempre può accadere laddove detto contratto miri a coordinare la partecipazione ad un affare specifico, per esempio ad un singolo appalto[15]. Scelta che, peraltro, certifica l'interesse pubblicistico per la figura in esame, e la volontà di valutare i risultati conseguiti con i contributi e le agevolazioni fiscali.

Le considerazioni che precedono non sembrano tuttavia imporre al notaio – chiamato a rivestire il/i contratto/i della forma pubblica – l'onere di svolgere uno scrutinio diverso, se vogliamo più penetrante, rispetto a quello previsto in generale allorché si proceda al vaglio della causa in concreto di un qualsivoglia contratto.

Piuttosto, peculiare attenzione dovrà prestarsi alla ragionevolezza – ed anche al dettaglio ed alla concretezza – dei criteri di misurazione dell'avanzamento delle parti verso gli obiettivi strategici a cui è indirizzato il programma di azione convenuto, avanzamento che deve essere sia individuale sia collettivo. Anche di quest'ultimo profilo gli obiettivi ed i criteri di misurazione dovranno tenere conto.

Dal punto di vista redazionale quanto detto evidenzia la necessità di una stesura nitida dell'obiettivo che la "rete d'imprese" si pone, oltrechè del programma, che deve essere precisamente articolato, poiché fonte dei diritti e degli obblighi dei contraenti.

Peraltro, come anticipato, l'obiettivo strategico è peculiare per ogni accordo generatore di una rete; dunque nulla esclude che una medesima impresa possa partecipare a più reti che si propongono obiettivi diversi purchè tutti connessi o inerenti all'attività svolta dall'impresa stessa, e sempre che quest'ultima abbia le capacità di far fronte alla pluralità di obblighi nascenti da più (contratti costitutivi di più) reti.

4. Le clausole essenziali, naturali ed accidentali del contratto che genera una rete di imprese

Le considerazioni che seguono hanno valore orientativo, dovendo essere adattate o rilette alla luce delle norme che connotano il tipo negoziale che "ospita" una rete fra imprese (cioè il tipo contrattuale in concreto utilizzato per costruire una rete funzionale al godimento dei benefici normativamente riconosciuti ovvero i tipi contrattuali dal collegamento dei quali scaturisce la rete agevolata dalla legge in esame).

[15] Così anche F. Cafaggi, *Introduzione*, cit., p.31, per il quale "non tutte le attività comuni possono generare una rete ma solo quelle con obiettivi strategici. Dunque il contratto di rete può essere impiegato solo per la realizzazione di tali obiettivi. Altri strumenti andranno usati per forme di collaborazione non strategica". La valutazione dovrà essere condotta casisticamente alla luce del vantaggio che consegue ad ogni impresa aderente; la partecipazione ad un singolo appalto di grande rilevanza, infatti, può far acquisire alla singola imprese "quell'esperienza" che può essere poi spesa nella partecipazione ad altri appalti: in tal modo la singola impresa ha guadagnato in competitività.

I. Il programma di rete

Come a più riprese anticipato, dallo strumento contrattuale – indipendentemente dalla qualificazione tipologica del contratto o dei contratti documentati – deve risultare la "definizione di un programma di rete, che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante" e le modalità di realizzazione dello scopo comune.

Il "programma di rete" sembra rappresentare quello che in altri ambiti normativi (per le formazioni associative, innanzi tutto) è definito l'oggetto, ossia la selezione delle attività che dovranno essere svolte "in rete", alle quali ragguagliare i diritti e gli obblighi negoziali dei contraenti.

L'esperienza ha già dimostrato che tale profilo dell'accordo interaziendale rappresenta il nucleo essenziale della trattativa e che alle clausole inerenti è necessario prestare particolare attenzione, poiché le stesse, in definitiva, stabiliscono "come si fa rete" nel caso specifico.

La definizione di diritti ed obblighi rappresenta infatti la traduzione in termini giuridici delle modalità di attuazione della rete fra le parti, e da essa dipende la possibilità di conseguire l'obiettivo strategico; perimetra altresì il campo in cui si confrontano le diverse istanza della classe imprenditoriale, fra esigenze di collaborazione e "istinto" di competizione.

Se gli obblighi che le parti assumono possono essere di contenuto vario, sia negativo (consistendo in un *non facere*), sia positivo, in coerenza con il concreto assetto di interessi che sta alla base della creazione della rete e nel rispetto delle norme imperative eventualmente mobilitate, certo è che, a stregua del diritto comune dei contratti, i comportamenti dovuti devono essere almeno determinabili, anche mediante ricorso a forme di arbitramento ex art.1349 c.c., al fine di adeguare il contenuto degli obblighi medesimi alla dinamica dello scenario economico nel quale la rete è chiamata ad operare.

Non è più necessaria – già lo si accennò – l'istituzione di un fondo comune. Qualora tuttavia un fondo sia previsto, la legge contempla la possibilità di imporre contrattualmente l'obbligo di contributi ulteriori e successivi all'apporto iniziale, per esempio a copertura dei costi di gestione della rete, non diversamente da quanto previsto nella disciplina del consorzio. L'esigenza sottesa a tale obbligo, infatti, accomuna tutte le forme di cooperazione interaziendale, come reso evidente dalla presenza di analoga disposizione nella disciplina del G.E.I.E.[16] e, prima ancora (lo si è accennato), dal secondo comma dell'art.2615 *ter* c.c.; e, volendo, risale alla mutua-

[16] Ai sensi dell'art.21, comma secondo, Reg. CEE. 25 luglio 1985, n.2137/85,"i membri del gruppo contribuiscono al saldo dell'eccedenza delle uscite rispetto alle entrate nella proporzione prevista nel contratto di gruppo o, in mancanza di questa, in parti uguali".

lità (*lato sensu*) imprenditoriale dell'iniziativa, dall'essere, questa, essenzialmente preordinata all'esercizio di attività di servizio alle imprese associate, attività, in sé, non generatrici di utili.

In un'ottica contigua, quella della durata dell'iniziativa, può risultare impossibile la predeterminazione contrattuale dell'entità del contributo, essendo questa condizionata dall'andamento dei mercati, che può determinare un mutamento dei costi della struttura e dei servizi. Resta, tuttavia, necessaria la previsione di parametri di riferimento sulla base dei quali calcolare l'entità dell'obbligo gravante sul partecipante, affinché l'oggetto della prestazione sia determinabile; ed infatti la legge in esame richiede che il contratto ne specifichi i criteri di valutazione, e quindi di determinazione. In proposito pare certamente plausibile trarre ispirazione dalla collaudata esperienza consortile, che si appoggia, nella maggior parte dei casi, sulla predisposizione di bilanci preventivi, oltre che consuntivi.

A fronte di scelte della maggioranza che conducano ad un incremento dell'entità degli obblighi a carico di tutti gli aderenti, nel rispetto del principio di parità di trattamento, un correttivo possibile della subalternità del singolo rispetto alla collettività può consistere nel riconoscimento del diritto di recesso all'aderente non consenziente, recesso a cui può ascriversi una funzione, *lato sensu*, determinativa delle obbligazioni poste a suo carico.

Se il contributo successivo è imposto, si deve presumere – nel silenzio del contratto – che la sua entità sia uguale per tutti i partecipanti, in aderenza al principio desumibile non solo dall'art. 2253 c.c., ritenuto applicabile ai consorzi[17], ma anche dall'art. 21 secondo comma del Reg. CEE. 25 luglio 1985, n. 2137/85.

II. Le cause di recesso (e di esclusione)

La previsione di cause di recesso è facoltativa.

Deve ritenersi coerente alla funzione della "rete d'imprese" anche la clausola di recesso *ad nutum* – altro essendo lo scrutinio di compatibilità della clausola con il contratto "ospitante" – introdotta dalle parti nell'ambito di una loro libera valutazione dell'assetto concreto di interessi e della rilevanza della partecipazione di ogni singola impresa al programma, secondo una prassi negoziale ricorrente anche nella casistica consortile.

Nell'ottica della corretta esecuzione del rapporto e della tutela degli altri partecipanti appare tuttavia congruo mutuare la disciplina propria delle società cooperative, che prevede un obbligo di preavviso e la cessazione del rapporto differita, almeno per quanto attiene all'adempimento degli obblighi assunti dal recedente.

[17] A. Borgioli**,** *Consorzi e società consortili*, in *Trattato Cicu Messineo*, Milano, 1985, p.304.

Fra le cause negoziali di recesso risulterà certamente opportuna quella risalente al venire meno dei requisiti soggettivi per la partecipazione, ipotesi che abbraccia situazioni diverse: dalla cessazione *tout court* dell'attività di impresa fino all'apertura della fase di liquidazione della società che la esercita o di procedure concorsuali. In tal senso una specificazione contrattuale appare opportunamente chiarificatrice.

Tenuto conto che gli obiettivi della rete devono risultare coerenti alle attività svolte dalle imprese aderenti, come evidenziato dalla norma definitoria tramite il riferimento all'oggetto sociale (meglio direbbesi: all'"oggetto dell'impresa", stante la sicura apertura della rete a imprese anche individuali e, comunque, non societarie), la modifica di quest'ultimo può non solo abilitare l'impresa partecipante ad intimare recesso ma, se foriera della cessazione dell'attività per la quale si partecipa alla "rete (contrattuale) d'imprese", costituire anche una causa di esclusione. E, come tale, risultare prevista dallo strumento contrattuale.

In tutti i casi nei quali il recesso dipende da una vicenda propria del partecipante (come, per esempio, l'apertura della fase di liquidazione o la modifica dell'oggetto sociale), si può prevedere che permanga in capo al recedente l'obbligo di portare a termine l'esecuzione delle prestazioni poste a suo carico dal contratto ed esigibili, salvo diversa previsione contrattuale o diversa scelta dell'organo gestionale. Un conto infatti è recedere dal rapporto "di rete", un altro è interrompere l'esecuzione delle prestazioni che di quel rapporto costituiscono attuazione, come reso evidente dall'ultimo comma dell'art. 2532 c.c. in materia di recesso da società cooperativa.

In termini più generali, la licenza concessa all'autonomia privata in tema di recesso si manifesta preordinata ad un adeguamento delle ipotesi di cessazione del rapporto e degli obblighi nel rapporto integrati alle specificità del programma e quindi dell'attività di comune interesse, ampliando il novero dei casi di scioglimento del vincolo ricavabili dal diritto comune dei contratti o piegandoli alle esigenze specifiche.

Al contempo, naturalmente, non possono disconoscersi le norme imperative dettate in ragione di uno schema contrattuale tipico[18], in quanto la rete se ne avvalga.

Nella medesima prospettiva, inoltre, si è riluttanti ad escludere, sulla base dei principi generali e quindi anche in assenza di espressa previsione pattizia, la facoltà di recesso per giusta causa, che può ricorrere, per esempio, in caso di modifica degli elementi essenziali del contratto a maggioranza, se ed in quanto ammissibile, o in caso di violazione del principio di correttezza nell'esecuzione del contratto da parte del c.d. organo incaricato.

[18] In tal senso F. Bartolini, *Il recesso nelle reti contrattuali*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 361, che cita l'art.6 della legge subfornitura in materia di preavviso per il recesso o l'art.3 della legge *franchising*.

III. L'adesione di ulteriori contraenti

La rete è immaginata dal legislatore storico come naturalmente aperta (art. 3 comma 4 *ter*, lett d) D.L.5/2009).

Il che tuttavia non significa che il contratto "ospitante" la rete (o i contratti che, in quanto collegati, la ospitino) debba essere necessariamente aperto e che pertanto sia illegittima la clausola che esclude l'adesione di altre imprese: nulla impone di riconoscere l'interesse alla partecipazione alla rete come interesse (solo) di categoria.

Al contrario, la determinazione dell'obiettivo strategico che le parti si prefiggono di conseguire tramite la stipulazione di un accordo interaziendale e la necessaria coerenza del medesimo all'attività specifica svolta dalle imprese aderenti orientano alla conclusione che il comune interesse perseguito è frutto di una scelta pienamente libera. Spetterà allora insindacabilmente ai partecipanti decidere in merito al grado di apertura del contratto all'adesione di nuove imprese, potendosi anche stabilire una chiusura totale[19].

Peraltro lo stesso art. 1332 c.c. depone nel senso che la possibilità di adesioni successive ad un contratto (bi- o plurilaterale) è rimessa all'autonomia privata, la disposizione citata limitandosi ad introdurre una disciplina integrativa allorchè il contratto sia carente in ordine alle modalità tramite le quali si può attuare l'opzione della "porta aperta".

In applicazione della disposizione da ultimo richiamata si può inoltre ritenere ammissibile che la decisione in merito all'adesione di nuove imprese sia affidata ad un ufficio esecutivo del programma di rete e non richieda il consenso di tutti i contraenti originari.

Resta la necessità di stipulare l'atto di adesione in forma pubblica o di scrittura privata autenticata, agli effetti della pubblicità presso il registro delle imprese della nuova impresa aderente.

IV. Le decisioni dei partecipanti

Nell'ambito del contenuto necessario – sempre in funzione dell'accesso ai benefici accordati alla rete dalla legge in esame – sono comprese le regole che presiedono le decisioni dei partecipanti. In particolare, il contratto deve indicare: "f) le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune che non rientri, quando è stato istituito un organo comune, nei poteri di gestione conferiti a tale organo, nonché, se il contratto prevede la modificabilità a maggioranza del programma di rete, le regole relative alle modalità di assunzione delle decisioni di modifica del programma medesimo".

[19] In tal senso, nella disciplina dei consorzi, G. Perone, *L'interesse consortile*, Milano, 2008, pp.8 e ss.

La norma prende in considerazione solo la modificabilità a maggioranza del programma di rete – ossia del punto c) del terzo periodo – ed alimenta il dubbio che la modifica di ogni altra regola debba essere soggetta alla regola del consenso unanime.

Muovendo dall'impostazione accolta (adeguatezza delle clausole del contratto a quelle previste dalla legge per accedere ai benefici accordati o da accordarsi alle "reti [contrattuali] di imprese"), si deve, per coerenza, ritenere che la disciplina della modificabilità del contratto sia quella del tipo sottostante (o che "ospita" la rete – come metaforicamente si è già più volte suggerito), ferma la necessità della predisposizione di esaurienti regole decisionali in merito all'elemento di maggior rilievo, ossia il programma comune.

V. Ulteriori possibili clausole: sanzioni per l'inadempimento degli obblighi contrattuali, uffici, "logo" comune

Coerenza con l'impostazione qui accolta raccomanda di ritenere che la norma in esame si limiti a indicare i "frammenti" di disciplina convenzionale che devono ricorrere per riconoscere nell'accordo interaziendale (o nel collegamento di accordi) una rete di imprese agli effetti di legge.

Il che non esclude la legittimità della presenza di ulteriori clausole ammesse o imposte dal tipo negoziale sottostante.

Emerge con frequenza nella prassi l'interesse a posizionare e a promuovere il "sodalizio" sul mercato con un "logo", così come di prescegliere un luogo presso il quale istituire gli uffici di rappresentanza della rete ai quali i terzi possano fare riferimento.

Non sembra possibile revocare in dubbio la compatibilità di tali opzioni comunicazionali ed organizzative con le finalità della legge in esame, le stesse non essendo lesive di alcun interesse delle imprese "in rete". Deve, naturalmente, aversi l'accortezza di evitare indebite confusioni con i segni distintivi tipici: con la ditta, la ragione o la denominazione sociale nonché con la sede legale: gli uni come l'altra orienterebbero piuttosto alla riqualificazione di ogni "rete" come ente, in spregio alle mobili caratteristiche del/i tipo/i contrattuale/i che ospita/no la rete ed alla nozione legislativa stessa di "rete d'imprese".

Si devono altresì ritenere non incompatibili regole sanzionatorie dell'inadempimento agli obblighi assunti da parte di un aderente, a cominciare (come anticipato) dall'esclusione o dalla risoluzione del contratto rispetto al singolo, in sintonia con quanto previsto per i contratti plurilaterali nell'art.1459 c.c., fino alla previsione di penali o alla sospensione dal diritto di godere dei benefici derivanti dalla partecipazione alla rete[20].

[20] Sul tema diffusamente F. Cafaggi e M. Gobbato, *Rischio e responsabilità nella rete*, in *Il Contratto di rete, Commentario,* a cura di F. Cafaggi, Bologna, 2009, pp. 91 e ss.

5. L'amministrazione e la rappresentanza

Perché il contratto (o il collegamento di contratti) possa dar luogo ad una rete "riconosciuta" (per le finalità della legge) non è necessaria la previsione di una figura organizzativa (ufficio o, meno propriamente, organo) comune incaricata di dare esecuzione al programma di collaborazione interaziendale.

Qualora, tuttavia, una tal figura sia contemplata, si chiarisce che il rapporto tra preposto all'ufficio (inteso, genericamente, come complesso di competenze) e imprese preponenti è dell'ordine del mandato, come si evince dalla previsione espressa per la quale l'ufficio agisce come "mandatario comune"; segnatamente di un mandato con rappresentanza. Infatti, si autorizza la nomina di un "organo comune" incaricato "di gestire, *in nome e per conto dei partecipanti* [corsivo aggiunto], l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso" (secondo alinea del primo periodo); se istituito tale ufficio, la legge richiede che ne siano regolamentati i poteri di rappresentanza come mandatario comune (lett.e).

Le previsioni suddette sembrano congeniali a formazioni associative (anche dotate di rilievo meramente personale) non organizzate per uffici, e quindi, a maggior ragione, prive di struttura corporativa. Il linguaggio della norma attinge, infatti, alle modalità di sostituzione nell'attività giuridica contemplate nel IV libro del codice civile.

Il contratto deve prevedere le modalità di rimpiazzo dell'incaricato: la necessità di una qualificazione del rapporto gestorio in termini di mandato collettivo emerge solo nel caso in cui non soccorra alcuna regola contrattuale, al fine di applicare l'art.1726 c.c.

Qualora i componenti dell'organo siano più di uno, troverà applicazione l'art. 1716 c.c., con conseguente facoltà di azione disgiunta. Si tratta peraltro di norma derogabile, così che l'autonomia privata – sembra pacifico – potrà optare per forme di esecuzione congiunta del mandato o congiunta a maggioranza.

Il mandato può avere un oggetto più o meno ampio, poiché al gestore i partecipanti possono commettere l'esecuzione del programma di rete o di una o più parti o fasi di esso; l'oggetto del mandato non coincide, quindi, necessariamente col contenuto del programma di rete, salvo che le parti abbiano ritenuto di non precisare l'ampiezza dei poteri gestori.

Si tratterà di definire composizione, numero degli incaricati, regole di organizzazione e procedure di attuazione delle decisioni, competenze, in particolare in merito alla rappresentanza.

In quest'ultima materia, si assiste ad uno dei pochissimi interventi suppletivi del legislatore, che, mediante una norma dichiaratamente dispositiva, conferisce all'"organo" (o, per meglio dire, al preposto all'ufficio) la rappresentanza, di fonte quindi legale, delle imprese aderenti limitatamente "alle procedure di programma-

zione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nonché nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito, all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti italiani ed allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione, previsti dall'ordinamento"; norma che tradisce più di ogni altra la *mens legis* sottesa all'introduzione del c.d. contratto di rete.

Il paradigma del mandato rappresentativo – or ora illustrato – si confronta, non senza difficoltà, con quello del mandato senza rappresentanza che – dando credito alle parole della legge – è contemplato dalla norma che abilita i distretti (ai quali le reti contrattali di imprese sono assimilati) a "…stipulare, *per conto delle imprese*, negozi di diritto privato secondo le norme in materia di mandato di cui agli articoli 1703 e seguenti del codice civile [sottolineatura aggiunta]". Per le reti contrattuali assimilate ai distretti che non hanno provveduto alla istituzione di un c.d. organo, può azzardarsi che ciascuno dei partecipanti sia *ex lege* abilitato ad agire per conto degli altri. Ma la questione – tutt'altro che evidente nella soluzione – non sembra rilevante per il notaio richiesto della redazione dell'atto autentico, presupposto (tra gli altri) dell'accesso alla qualificazione della collaborazione interaziendale come "rete di imprese"

Nulla impedisce che, anche in presenza di un mandato da esercitarsi congiuntamente o a maggioranza sul piano decisionale, la rappresentanza delle imprese aderenti, ossia la legittimazione ad agire in nome altrui, sia attribuita ad un solo soggetto. La volontà delle parti (che scandisca decisione e dichiarazione) si traduce in un limite al potere di rappresentanza, poiché la legittimazione del rappresentante è subordinata al consenso di tutti o di più soggetti in ordine all'atto da compiere.

Accogliendo istanze della prassi, emerse a seguito dei primi tentativi di adozione del nuovo strumento contrattuale, la legge consente espressamente che il mandatario sia non solo un soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti (poiché la qualità non è espressamente richiesta), ma altresì una persona giuridica, come già ammesso per il G.E.I.E.

6. Il fondo patrimoniale comune

La legge non ne considera la istituzione come dato rilevante per identificare una rete fra imprese (cioè per accordare alle imprese "in rete" benefici – d'ordine tributario e altri). Qualora, tuttavia, un fondo sia previsto, dispone l'applicazione degli artt. 2614 e 2615 c.c., se ed in quanto compatibili[21].

[21] M. Onza, *Il contratto di rete: alcuni profili di qualificazione e di disciplina*, consultabile sul sito dell'Associazione Culturale "Orizzonti del diritto commerciale".

La legge consente alle imprese che rivestono la forma della s.p.a. di alimentare il fondo comune mediante costituzione di un patrimonio a ciò destinato ai sensi dell'art. 2477, primo comma, lett. a) c.c., purchè tale soluzione sia coerente al programma della rete. Naturalmente la facoltà è riservata alle società azionarie, perché solo queste sono abilitate a destinare patrimoni a servizio di singoli affari, con conseguente separazione delle attività destinate, rispetto al patrimonio residuo dell'ente.

La disposizione risulta di particolare complessità interpretativa, richiedendo in primo luogo, un chiarimento delle ragioni della necessità di una preventiva previsione contrattuale, e poi una plausibile attribuzione di significato al sintagma "apporto di un patrimonio destinato". A tutta prima viene da pensare che l'espressione debba intendersi in senso figurato quale destinazione di risorse patrimoniali all'attuazione del programma di rete realizzata tramite la separazione patrimoniale cui dà luogo la destinazione iscritta nel registro della imprese (ed eventualmente trascritta, se inclusiva di immobili) – secondo il diritto comune della s.p.a.: modalità esecutiva del programma di rete che deve essere espressamente autorizzata in quanto tali risorse permangono nella gestione degli amministratori della s.p.a. destinante e non sono (non possono essere) affidate ai mandatari dei partecipanti della rete (se nominati).

Ciò detto, al fondo comune si applica, in quanto compatibile, la disciplina degli artt. 2614 e 2615 c.c., disciplina storicamente oggetto di polemiche interpretative tutt'ora non sopite, in particolare con riferimento al regime di responsabilità del consorzio e dei consorziati per le obbligazioni assunte dagli organi consortili nell'esercizio delle loro funzioni, e quindi di incerta applicazione anche nella *sedes materiae* che le è propria[22].

Il rinvio alle norme suddette sembra, in prima approssimazione, legittimare l'applicabilità di due regole: i creditori particolari dei partecipanti non possono far valere i loro diritti sul fondo comune (che è indivisibile fra gli aderenti per la durata del contratto di rete – art. 2614); per le obbligazioni assunte in nome dei partecipanti alla rete e nello sviluppo del programma di rete dalle persone (fisiche o giuridiche) che ne hanno la rappresentanza, i terzi possono far valere i loro diritti sul fondo comune.

Partendo dal dato per cui la "rete contrattuale" non è pensabile come figura entificata, i primi interpreti si sono orientati nel senso di ravvisare nella costituzione di una rete contrattuale una tecnica di destinazione capace di fondare un patrimonio separato, costituito dalle risorse messe a disposizione del programma da ogni partecipante e non aggredibile dai di lui creditori particolari (c.d. insensibilità del patrimonio separato)[23].

[22] Per una recente riproposizione delle diverse tesi in merito G. Perone, *L'interesse consortile,* cit., pp.217 e ss.

[23] M. Onza, *op.cit.*; F. Cirianni, *Il contratto di rete*, ne *Il Notariato*, 2010, p.442. Nello stesso senso si sono indirizzate le relazioni di E. Brunetti, "Contratti di rete: profili sistematici", e M.Bianca, "Il regime patri-

Non sembra di ausilio ad un tentativo di sistematizzazione il riferimento alle ragioni storiche che indussero a concepire il testo in vigore dell'art. 2615 c.c. (si allude all'intento di tutelare i gestori, altrimenti personalmente responsabili per le obbligazioni consortili). E, visto il segnalato richiamo alle regole di azione previste nel IV libro del codice civile, è – come anticipato (*supra* §§ 1 e 5) – altamente opinabile che il giudizio di compatibilità delle norme in tema di consorzio con attività esterna, alle quali la legge in discorso rinvia, possa concludersi con un esito positivo[24].

In altri termini, esclusa l'entificazione della "rete", non sembrerebbero ravvisabili "obbligazioni della rete" garantite dal fondo (se costituito) e da questo soltanto (c.d. localizzazione della garanzia patrimoniale nel patrimonio separato); *prospettabili sarebbero soltanto "obbligazioni dei partecipanti alla rete", il nome dei quali viene speso secondo le regole del diritto comune della rappresentanza*.

Dunque, alla luce dell'attuale testo risulterebbe possibile affermare la responsabilità solidale dei partecipanti per le obbligazioni assunte nello svolgimento dell'attività di rete; solidale sì, ma plausibilmente sussidiaria rispetto a quella offerta dal patrimonio eventualmente esistente a servizio della "rete" – come raccomanda una condivisa graduazione della responsabilità patrimoniale sistematicamente associata alla separazione patrimoniale (graduazione che, a seconda dell'intensità, ha accreditato la distinzione tra localizzazione "perfetta" ed "imperfetta"). Efficacemente – nonostante la caratterizzazione giornalistica del linguaggio – si è detto che la rete – dotata di un fondo comune – è, quanto ai rapporti cc. dd. esterni, qualcosa di più della società civile del codice del 1865 e qualcosa di meno della società semplice del codice del 1942 (Maurizio Onza)

Il che forse non era quello che ci si aspettava. Ma è questo un profilo troppo delicato per affidarlo alla sola interpretazione degli enunciati di legge e, comunque, destinato ad essere messo a punto più in sede giudiziaria che notarile.

moniale delle reti di imprese", in corso di pubblicazione, presentate al Convegno "Professione e ricerca. Attualità e problematiche in materia di contratti e diritti reali", organizzato dal Comitato Regionale fra i Consigli Notarili Pugliesi a Savelletri di Fasano il 18-19 giugno 2010.

[24] Si veda anche G. Mosco, *op.cit.*, p. 859, per il quale "maggiori e più sostanziali perplessità emergono con riguardo al primo comma dell'art. 2615, che limita la responsabilità patrimoniale del consorzio sul fondo consortile. … Soprattutto, l'organizzazione comune del consorzio, elemento qualificante della stessa definizione consortile, è un'organizzazione che, secondo molti interpreti, è di tipo corporativo, tale da attivare un controllo reciproco tra gli organi. In mancanza, nella disciplina legale della rete, di ogni analoga previsione, viene revocato in dubbio il superamento della prova di compatibilità richiesta dal legislatore."

"Clausole generali", principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*

di Giuliana Scognamiglio

Sommario: 1. Principi e clausole generali nel nuovo capo IX del codice civile. Piano dell'indagine. – 2. La tendenza odierna, confortata dal dato comparatistico, ad una regolazione dei gruppi per principi e per clausole generali. – 3. I principi contenuti nella disposizione dell'art. 2497, comma 1, c.c. – 4. Legittimità dell'attività di direzione e coordinamento e soggezione di tale attività ai canoni della correttezza gestionale. – 5. I "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale"; significato e rilevanza della doppia aggettivazione. – 6. Riconoscimento alla capogruppo di un potere gestorio, assistito da una clausola di discrezionalità. – 7. L'ambiguità del disposto dell'art. 2497, comma 1, ultima proposizione, c.c.: sufficienza delle compensazioni soltanto virtuali ovvero necessità di compensazioni effettive? – 8. Argomenti logici e sistematici a supporto della tesi della necessità per diritto vigente di una compensazione effettiva e congrua. – 9. Rilievi critici fondati sul carattere "ragionieristico" di tale impostazione. Replica: discrezionalità delle strategie gestionali di gruppo e necessità di un limite in presenza di sistematici conflitti d'interessi; l'obbligo di compensare il pregiudizio arrecato alla singola società come limite al potere discrezionale della capogruppo. – 10. Analisi di talune questioni dibattute in punto di ambito soggettivo di applicazione della disciplina alla luce dei principi in essa enunciati: a) l'applicabilità dell'art. 2497 alla persona fisica. – 11. Segue: b) il significato dell'inapplicabilità dell'art. 2497 c.c. allo Stato.

1. Le disposizioni in materia di direzione e coordinamento di società – costituenti il nuovo capo IX del libro V, introdotto nel codice civile con la riforma societaria del 2003-2004 – offrono alla nostra considerazione un modello di disciplina per "clausole generali", che contiene ed enuncia, esplicitamente o implicitamente, anche taluni innovativi "principi giuridici"[1]. Si esaminerà in questo scritto il ruolo,

* Il lavoro è stato presentato e pubblicamente discusso in occasione del II Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di diritto commerciale – Orizzonti del diritto commerciale, sul tema "Le clausole generali nel diritto commerciale" (Roma, 11-12 febbraio 2011). L'a. ringrazia, in particolare, P. Marchetti e U. Tombari per la partecipazione a quella discussione. Destinato agli Studi in memoria di Pier Giusto Jaeger.

[1] Si fa qui riferimento alla nomenclatura ed alla classificazione suggerite da M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione,* in *Riv. crit. dir. priv.*,

nel contesto della predetta disciplina, degli uni e delle altre; si cercherà altresì di dimostrare come questo tipo di analisi possa fornire un contributo all'interpretazione del dettato legislativo e alla soluzione di taluni dei dubbi che sono stati al riguardo sollevati già nella prime riflessioni sulla novella, all'indomani dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 6/2003[2].

La disciplina in esame investe un fenomeno della realtà economica – comunemente identificato in quello dei gruppi di società, sebbene il legislatore si sia astenuto dall'adoperare una siffatta formula lessicale – che, sino alla riforma, era stato oggetto soltanto di interventi normativi di carattere specifico (: relativi a specifici profili o aspetti del problema, come la disciplina dell'insolvenza o quella dell'informazione contabile) o settoriale (: relativi ai gruppi di società operanti in determinati settori economici, per esempio nel settore bancario ed in quello dell'intermediazione finanziaria).

Era pertanto da tempo avvertita e segnalata, dalla giurisprudenza teorica e pratica, l'esigenza di un intervento regolatorio di carattere generale, diretto a comporre i diversi interessi che si fronteggiano e che sono variamente coinvolti dalla formazione e dal funzionamento di un gruppo di società; al tempo stesso era stata segnalata la circostanza che i suddetti interventi normativi episodici facevano per lo più riferimento alla fattispecie del "controllo di società" (declinata a sua volta nelle diverse varianti, conosciute almeno in parte già dal codice civile del 1942, del controllo interno, esterno e indiretto), mentre non prendevano in considerazione, se non in casi sporadici o in discipline di carattere settoriale, l'elemento della direzione unitaria, da molti ritenuto coessenziale al controllo ai fini della identificazione della fattispecie del gruppo di società[3].

2011, 345 ss. e già reperibile in internet all'indirizzo *www.orizzontideldirittocommerciale.it*, Biblioteca, vol. 2011

[2] Per chi scrive questa è anche l'occasione, cercata, di riprendere argomenti già discussi "a caldo" immediatamente a ridosso della novella del 2003, in una serie di saggi pubblicati in vari luoghi. Nel rimeditare e riconsiderare i medesimi temi a distanza di qualche anno dalla svolta legislativa, dunque con maggiore distacco e all'esito di una più matura riflessione, alcune opinioni sono state parzialmente modificate e alcuni dubbi interpretativi sciolti in maniera parzialmente diversa: di ciò verrà dato conto al lettore attraverso i richiami nelle note a piè di pagina. Non sempre, invece, si riuscirà a dar conto, per non aggravare la lettura del testo con note a piè di pagina eccessivamente lunghe e ponderose, della mole assai ingente di interventi e di commenti che questi primi anni post-riforma hanno registrato, praticamente su tutti i punti e gli aspetti della disciplina della direzione e coordinamento di società. Mi limiterò dunque, per necessità, ai richiami e alle citazioni di dottrina e giurisprudenza essenziali per la comprensione del discorso svolto nel testo, confidando per il resto nella pazienza del lettore, che potrà – se del caso – rinvenire indicazioni bibliografiche più complete e minuziose nei numerosi Commentari e Trattati apparsi successivamente alla emanazione della disciplina suddetta.

[3] Non è qui possibile citare analiticamente l'ampia letteratura, fiorente soprattutto negli ultimi due decenni del secolo scorso, in punto di rapporto fra la nozione di "controllo" (nelle diverse declinazioni di cui essa è suscettibile) e quella di "gruppo". Mi sia consentito rimandare sul punto il cortese lettore alle considerazio-

Com'è noto, non sono mancate, riguardo alle scelte compiute dal legislatore della riforma, valutazioni alquanto critiche, e sono stati sollevati dubbi circa la reale efficacia delle regole introdotte ai fini della tutela degli interessi che il legislatore intendeva presidiare. Si è in particolare stigmatizzata[4] l'eccessiva "vaghezza" del complesso di regole con cui si è voluto, per la prima volta nel nostro Paese, por mano alla disciplina del fenomeno dei gruppi di società (: dell'insieme costituito da una pluralità di società sottoposte alla direzione e coordinamento e dell'ente a cui tale direzione e coordinamento fa capo) ed in particolare apprestare un *set* di strumenti a protezione degli interessi potenzialmente compressi e pregiudicati dal potere direttivo dell'ente o società capogruppo, con specifico riguardo agli interessi dei soci "esterni al controllo" delle società eterodirette e dei creditori di queste ultime; vaghezza che minaccerebbe o addirittura vanificherebbe l'effettività dei mezzi di tutela predisposti a favore di quegli interessi. Da altri[5] si è paventato che la clausola generale di correttezza, evocata nel primo capoverso dell'art. 2497 c.c., costituisca un'arma spuntata a fronte dell'ampiezza e della pervasività del potere della società o ente a cui fa capo il controllo su una pluralità di società e a fronte degli abusi e degli eccessi, a danno dei soggetti esterni al controllo, che quella posizione di potere consente di perpetrare. In ogni caso si è riconosciuto, anche da chi ha avuto un ruolo diretto nell'elaborazione della disciplina in esame (Relazione ministeriale di accompagnamento del d. lgs. n. 6/2003, § 13; Angelici), che la suddetta clausola generale di correttezza, collocata al centro della disciplina dell'art. 2497 c.c., equivarrebbe ad una norma in bianco, il cui contenuto, del tutto indeterminato e indeterminabile

ni a suo tempo svolte in G. Scognamiglio, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 1ss.; e ricordare altresì lo Studioso alla cui memoria il presente lavoro è dedicato: P.G. Jaeger, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. Comm.,* 1994, I, 476 ss.

4 Cfr. fra gli altri L. Enriques, (in diversi luoghi e fra questi in) *Scelte pubbliche e interessi particolari nella riforma delle società di capitali*, in *Mercato concorrenza regole*, 2005, 145 ss. È da osservare che la valutazione che questo autore fa della disciplina dei gruppi in rapporto all'utilizzo di "clausole generali" si inscrive in una tendenziale e più generale valutazione negativa della riforma societaria, in quanto diretta, secondo Enriques, a rafforzare, mediante il ricorso a clausole generali, la posizione dei prestatori di servizi legali. Per la critica a tale posizione, cfr. C. Angelici, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, nel *Liber amicorum* G.F. Campobasso, 1, Torino, 2006, 5 ss., 6.
Sembra valutare positivamente la scelta legislativa (sotto il profilo del ricorso a "clausole generali") P. Montalenti, (da ultimo) in N. Abriani, S. Ambrosini, O. Cagnasso, P. Montalenti, *Le società per azioni*, nel *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. Cottino, IV, Padova, 2010, 636; e vedi già ID., *Gruppi e conflitto d'interessi nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in Associazione Disiano Preite (a cura di), *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 237 ss., 239 ss.

5 Vedi ad es. A. Bassi, *La disciplina dei gruppi,* in *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, 202. Esprime il timore che la vaghezza delle clausole generali richiamate dalla disposizione valga a pregiudicare l'effettività della tutela apparentemente accordata a determinati soggetti o categorie di soggetti anche G.B. Portale, *Osservazioni sulla schema di decreto delegato (approvato dal Governo i n data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv*., 2002, 717.

alla stregua dei dati positivi, è suscettibile di essere precisato soltanto attraverso l'applicazione concreta della disciplina ad opera della giurisprudenza.

Si cercherà di dimostrare nel prosieguo che, alla stregua di una lettura sistematicamente attenta, da un lato, e scevra di pregiudizi, dall'altro, il disposto, in particolare, dell'art. 2497 c.c., risulta avere un contenuto assai meno vago e indefinito di quel che il tenore letterale lascia, di primo acchito, supporre; e che detta disposizione esprime, con riguardo alla materia che ci interessa, ben precise e ben definite scelte "di principio".

2. Va anzitutto osservato che il nostro legislatore, in questo primo esperimento di disciplina a carattere non meramente settoriale del fenomeno dei gruppi, si è orientato in una direzione diversa da quella che ha segnato le scelte di altri ordinamenti (mi riferisco in particolare a quello tedesco, spesso additato dagli studiosi come punto di riferimento, se non altro per il suo carattere pionieristico), nei quali è stata assunta come perno della regolazione dei gruppi la dicotomia tra gruppi contrattuali e gruppi di fatto, e si è dettata – per i primi – una disciplina analitica ed alquanto rigida, basata sull'idea che la società controllata possa essere piegata, in virtù di un contratto (e specificamente di un contratto capace di incidere sul profilo funzionale ed organizzativo dell'ente, un *Organisationsvertrag*, piuttosto che un *Austauschvertrag*), al perseguimento degli interessi ed all'attuazione delle direttive anche pregiudizievoli della capogruppo e che il medesimo regolamento contrattuale debba apprestare adeguati strumenti di protezione degli interessi "terzi" coinvolti; mentre, al di fuori del contratto (e del rigoroso regime di protezione che esso instaura in favore degli azionisti esterni e dei creditori della società dipendente) l'eventuale esercizio, da parte di un *Unternehmensträger*, di influenza dominante su una società si arresta di fronte al divieto di infliggere a quest'ultima un pregiudizio che non sia compensato da un vantaggio equivalente.

Una siffatta impostazione, che è quella, come poc'anzi si diceva, accolta nella legge azionaria tedesca del 1965, è stata recepita successivamente in altri ordinamenti, anche esterni all'ambito europeo (prima in ordine di tempo fu, com'è risaputo, la legge brasiliana del 1978): si può tuttavia fondatamente sostenere che essa – nel complesso – abbia avuto una limitata fortuna.

Nella stessa Repubblica Federale Tedesca, si sono – nel corso degli anni – levate voci critiche riguardo alla costruzione del "gruppo contrattuale", considerata troppo rigida, perciò incapace di soddisfare l'esigenza di flessibilità e duttilità organizzativa che fisiologicamente ispira la scelta, da parte del titolare dell'iniziativa economica, del modello del gruppo societario, e per di più tutt'altro che favorita dallo specifico trattamento tributario previsto per il *Beherrschungsvertrag*; mentre – riguardo al re-

gime del "gruppo di fatto" – si è talora osservato che la disciplina enunciata nei §§ 311 e seguenti AktG appare ispirata all'idea che l'influenza sulla gestione di una o più società da parte del soggetto in posizione di controllo deve contenersi entro determinati limiti, per cui – piuttosto che di una disciplina del gruppo – risulta trattarsi di una disciplina funzionale a reprimere o per lo meno a disincentivare quella direzione unitaria ("*einheitliche Leitung*") di più imprese giuridicamente distinte, in cui si ravvisa il tratto distintivo dell'*Unternehmensgruppe*.

I rilievi critici, testé succintamente richiamati, avverso la disciplina di matrice germanica sono probabilmente alla radice altresì dell'abbandono, da parte degli organi dell'UE, del progetto di disciplina dei gruppi contenuto nella Proposta di IX direttiva di armonizzazione del diritto societario; proposta che, dopo avere sperimentato molteplici versioni, sembra avere ormai perso qualunque attualità.

A tutt'oggi, peraltro, si registra, negli ordinamenti nazionali europei diversi da quello della RFT (ma anche in quest'ultimo, per quanto riguarda i gruppi di s.r.l. e di società personali), un certo *deficit* regolatorio riguardo al fenomeno qui considerato: nel senso della mancanza di discipline positive puntuali ed organiche e della propensione a dettare soltanto alcune regole specifiche in relazione a determinati profili o aspetti (per esempio, come già ricordato all'inizio, l'informazione contabile attraverso il bilancio consolidato; il trattamento dell'insolvenza; la repressione di comportamenti penalmente illeciti; la vigilanza bancaria prudenziale su base consolidata, eccetera).

Questo atteggiamento si spiega, forse prevalentemente, in ragione della ritenuta difficoltà di imbrigliare la realtà multiforme e cangiante dei gruppi in schemi regolatori rigidi nonché del convincimento diffuso, secondo cui l'attrattiva di questo peculiare modello organizzativo risiede nell'ampio ventaglio di possibilità che si aprono al titolare dell'iniziativa economica, in punto di accentramento nell'ente capogruppo di una o più funzioni gestorie inerenti alle società controllate e di intensità maggiore o minore della direzione unitaria (dunque del flusso di direttive proveniente dal soggetto capogruppo in direzione delle controllate), di maggiore o minore partecipazione delle società controllate al processo di elaborazione delle direttive medesime, eccetera.

Altrimenti detto: una disciplina eccessivamente rigida e minuziosa potrebbe non risultare efficiente, né dal punto di vista del soggetto o ente a cui fa capo la direzione unitaria, che potrebbe temerne l'effetto di intralcio o di ostacolo alla fluidità della direzione unitaria medesima; né dal punto di vista dei portatori di interessi "terzi" (soci di minoranza e creditori volontari o involontari delle società controllate), che potrebbero non rinvenire, in una regolazione di carattere anelastico e a fattispecie determinata, l'appiglio per la tutela nei confronti di situazioni pregiudizievoli, da quella non espressamente contemplate o previste.

D'altra parte, non sembra potersi prestare credito all'opinione, talora avanzata, secondo cui gli interessi coinvolti nel funzionamento del gruppo non presenterebbero peculiarità tali da sollecitare una disciplina specifica, potendo essere perciò governati alla stregua del diritto comune delle società. A rintuzzare una siffatta affermazione, pare infatti sufficiente il rilievo che per il diritto comune delle società, forgiato sul modello della società autonoma ed indipendente, il conflitto d'interessi riveste carattere occasionale e sporadico, mentre nei gruppi il carattere permanente e non episodico dei conflitti d'interessi deriva dalla struttura stessa del fenomeno, e cioè dall'assoggettamento a direzione unitaria, per il perseguimento di determinati obiettivi economici, di una pluralità di società, a ciascuna delle quali fanno capo "portatori d'interessi" che, non avendo per ipotesi interessi nelle altre società unitariamente dirette, non hanno titolo per attingere al vantaggio di gruppo, nei casi in cui la direzione unitaria produca tale vantaggio a discapito dell'una o dell'altra delle società coinvolte. È il caso comunque di osservare che, anche negli ordinamenti ai quali sembra tuttora estranea una disciplina specifica dei gruppi, la peculiarità dei segnalati conflitti d'interessi è sovente ben nota e adeguatamente considerata a livello normativo: basti pensare alla considerazione ed all'attenzione che, negli ordinamenti inglese e statunitense, riscuote la problematica delle "Related-Party Transactions" e lo spazio che, nell'ambito di tale problematica, occupa, la questione delle operazioni e delle relazioni contrattuali intercorrenti fra società del medesimo gruppo o comunque coinvolgenti, direttamente o indirettamente, il fenomeno dei gruppi di società.

La descritta difficoltà di far capo, per imbrigliare in una disciplina efficiente il fenomeno dei gruppi, a norme di carattere rigido e chiuso sospinge talora la regolazione dei gruppi verso il terreno delle norme di condotta a fattispecie aperta, delle norme di organizzazione di contenuto generale, delle clausole generali in senso proprio[6] (per richiamare ancora una volta la nomenclatura proposta da M. Libertini, nel saggio poc'anzi ricordato[7]).

È appunto questo l'orientamento assunto nel nostro Paese, come si ricordava all'inizio, dal legislatore della riforma societaria del 2003-2004; ma è anche la direzione verso la quale sembra tendere l'esperienza giuridica tedesca post-legge azionaria del 1965: mi riferisco al fatto, ben noto, che la disciplina dei gruppi di s.r.l. è

[6] Diversa la valutazione di F. Denozza, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *www.orizzontideldirittocommerciale.it*, Biblioteca, vol. 11, 8 ss. e in *Riv. crit. dir. priv.* 2011, 379 ss., probabilmente con riferimento non tanto alla disciplina codicistica dei gruppi, quanto a quella, in effetti assai minuziosa anche dal punto di vista procedurale, delle operazioni con parti correlate, oggi contenuta nel regolamento Consob n. 17221 del 2010 (il cui art. 14 – è il caso di osservare incidentalmente – richiama, quasi alla lettera, i criteri e le clausole generali dell'art. 2497, comma 1). Cfr. al riguardo M. Stella Richter jr., *Le procedure per le operazioni con parti correlate*, in *Riv. soc.,* 2011, 64 ss.

[7] M. Libertini, (nt. 1).

tuttora rimessa, nonostante i numerosi interventi legislativi che negli ultimi decenni hanno investito detto tipo societario, a clausole generali e principi, frutto dell'elaborazione compiuta dalla giurisprudenza pratica e teorica di quel Paese.

Ancora, non è a tal proposito privo di interesse ricordare che una proposta di disciplina dei gruppi per principi e clausole generali era stata già articolata, senza tuttavia sortire, allo stato, alcun esito in termini di scelte regolatorie, anche in ambito europeo. Alludo alla proposta, risalente alla fine degli anni '90 del secolo scorso, del *Forum Europaeum* sul diritto dei gruppi[8], che a sua volta trae ispirazione dalla c.d. dottrina Rozenblum, e cioè dai principi affermati dalla Cour de Cassatiòn francese nella decisione del caso omonimo. Alla stregua di tale proposta, se gli amministratori di una società di gruppo perseguono una politica di gruppo non coperta, all'interno della società, dal principio di discrezionalità imprenditoriale, il loro comportamento non è illegittimo quando: (i) il gruppo è strutturato in maniera stabile; (ii) le società del gruppo sono coinvolte in una politica di gruppo coerente e protesa al medio-lungo termine; (iii) gli amministratori possono ragionevolmente assumere che i danni (compresa la perdita di *chànces*) derivanti dalla politica di gruppo sono compensati da equivalenti vantaggi in un periodo di tempo ragionevole; non rientrano fra i danni suscettibili di essere compensati quelli che mettono a repentaglio l'esistenza stessa della società.

3. Tornando al diritto oggi vigente nel nostro Paese, osserviamo che l'art. 2497 c.c. contiene l'enunciazione dei seguenti principi:

– legittimità della "direzione e coordinamento" di una pluralità di società da parte di una società o ente: altrimenti detto, l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società – quale che ne sia il fondamento: partecipativo, ovvero contrattuale[9] – costituisce una legittima esplicazione dell'iniziativa economica privata,

[8] I lavori del citato *Forum* sono stati pubblicati in lingua tedesca sotto il titolo *Konzernrecht für Europa* nella *ZGR*, 1998, 672 ss.; la traduzione in lingua italiana è nella *Riv. soc.*, 2001, 341 ss.

[9] L'idea contenuta nell'inciso formulato nel testo viene frequentemente espressa, nella recente letteratura giuridica italiana in materia di gruppi (Galgano, Libonati, Ferro-Luzzi, Marchetti, Bussoletti-La Marca, Guizzi, ed altri), in termini di rilevanza dell'attività di direzione e coordinamento come mero "fatto". Si tratta di un'affermazione di per sé banale ed innocua, se la s'intende nel senso – comune a tutta la disciplina dell'iniziativa economica e dell'impresa in particolare – dell'applicabilità di detta disciplina a prescindere dall'intento dell'agente e, in molti casi, anche dall'osservanza di determinate forme o di determinati regimi pubblicitari. È per converso, a mio avviso, sbagliato brandire detta idea per combattere l'opinione che postula un fondamento organizzativo del gruppo e dell'attività di direzione e coordinamento, e cioè una precisa scelta organizzativa, *in primis* (ma non solo: si pensi per es. ai gruppi paritetici) della capogruppo, alla base del modello che denominiamo "direzione e coordinamento di società". Postulare un fondamento organizzativo non equivale ad affermare (in contrasto con l'indicazione testuale offerta, oggi, dall'art. 2497-septies c.c.) che la direzione e coordinamento di gruppo si eserciti necessariamente sulla base di un atto giuridico qualificabile come negozio unilaterale ovvero sulla base di un contratto, né – tanto meno – che tale

funzionale alla realizzazione di un peculiare modello organizzativo dell'impresa; appartiene a questo modello il potere dell'esercente l'attività di direzione e coordinamento di emanare direttive, in funzione appunto di coordinamento strategico, alle società sottoposte, le quali sono legittimate a darvi seguito se e nella misura in cui esse siano innocue ovvero, se pregiudizievoli, nella misura in cui il danno risulti neutralizzato dall'attribuzione di un corrispondente vantaggio (vedi *infra*);

– soggezione della società o ente che eserciti l'attività di direzione e coordinamento di una pluralità di società (e quale che sia il fondamento di tale attività: partecipazione, contratto o altro fatto o atto idoneo, ad es. una clausola statutaria: art. 2497-septies c.c.) ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale: l'attività di direzione e coordinamento dev'essere cioè esercitata in maniera da non ledere, attraverso la violazione degli obblighi di correttezza gestionale societaria e imprenditoriale, i legittimi interessi dei soci delle società eterodirette e dei creditori delle stesse;
– in caso di inosservanza, responsabilità e conseguente obbligo di risarcimento dei danni *singulatim* nei confronti dei predetti soci e creditori;
– insussistenza della responsabilità se la lesione inferta trova una compensazione in un vantaggio corrispondente, capace di eliderla.

4. Si è da taluni[10] affermato che il baricentro della disciplina testé succintamente richiamata, o comunque il profilo di maggiore novità della stessa, risiederebbe nella circostanza che essa è disciplina dell'*attività* (: di direzione e coordinamento), piutto-

fondamento negoziale rilevi ai fini della legittimità di detta attività; significa, più semplicemente, prender atto di ciò, che la direzione e coordinamento di società, proprio perché coinvolge soggetti diversi e giuridicamente autonomi l'uno dall'altro e deve confrontarsi continuamente con tale pluralità di soggetti e con la presenza al loro interno di portatori di interessi potenzialmente contrapposti o comunque non coincidenti, – ha bisogno di svolgersi secondo regole predeterminate ed in qualche modo condivise o accettate all'interno del gruppo (regole che vengono sovente "codificate", nei singoli gruppi, in appositi "regolamenti di gruppo"). Non si dice con ciò, a dispetto dell'apparente contrasto con la tesi della fonte meramente fattuale del potere di direzione e coordinamento di società, niente che non sia, oggi, ampiamente (anche se talore implicitamente oppure inconsapevolmente) accettato: basti pensare all'affermazione, ormai costantemente ripetuta a proposito dei gruppi, secondo cui la disciplina di questo fenomeno, nata sotto l'insegna del "diritto di protezione" (degli interessi potenzialmente lesi: soci minoritari e creditori), si sta evolvendo sempre più marcatamente verso un "diritto di organizzazione", in base alla convinzione che quegli interessi possano trovare protezione non solo attraverso strumenti indennitari e risarcitori, ma anche attraverso la rigorosa predeterminazione e possibilmente la condivisione delle procedure. Risulta in altri termini oggi ampiamente condivisa, mi pare, l'idea che il "gruppo di società" sia un modello organizzativo, e cioè un fenomeno che giace sul piano dell'organizzazione, dell'iniziativa economica: come tale, ha bisogno dell'elaborazione di regole, la formulazione delle quali è rimessa, nella nostra esperienza giuridica (ma non solo, come dianzi si è constatato), ai soggetti interessati, nel quadro – tuttavia – della disciplina per principi e per clausole generali dettata dalla legge. Posizioni simili esprime al riguardo P. Montalenti, (nt. 4), 1046 ss.

[10] Ad es. C. Angelici, *La riforma delle società di capitali*[2], Padova, 2006, 196 s.; conf. U. Tombari, *Diritto dei gruppi di imprese,* Milano, 2010, 25; già anteriormente alla riforma l'esigenza di imperniare la disciplina

sto che dei *singoli atti* (di influenza o di interferenza nella gestione delle società sottoposte). Il rilievo è, di per sé, esatto[11]: tuttavia, a ridimensionare il profilo della novità, va soggiunto che la scelta del legislatore della riforma societaria era stata preceduta:

– da numerosi interventi della giurisprudenza teorica, che aveva elaborato – anche in questo caso mettendo a frutto il confronto comparatistico, in particolare con l'esperienza giuridica tedesca – la nozione di "direzione unitaria" come elemento essenziale, distinto ed ulteriore rispetto al controllo, della fattispecie del gruppo di società (Pavone La Rosa, Jaeger, ed altri); ed aveva altresì riflettuto sulla possibilità che tale attività venga legittimamente assunta come oggetto sociale caratteristico (anche se non necessariamente esclusivo) di una società – a cui spetta allora il ruolo di capogruppo rispetto alle società sottoposte –; sui presupposti per l'eventuale qualificazione di detta attività come impresa; sui meccanismi in base ai quali si poteva, in un ambiente normativo ancora imbevuto del principio di indipendenza della gestione della singola società, giustificare la proiezione dell'attività di direzione unitaria o di direzione e coordinamento sulle società sottoposte e coerentemente orientare il modello organizzativo e gestionale di queste ultime, sì da rendere effettivo ed efficace l'esercizio di quell'attività, riconosciuta come legittima (G. Scognamiglio);
– da taluni interventi altresì del legislatore, sia pure, come ricordato all'inizio, sporadici e di carattere settoriale: basti qui ricordare il riferimento alla direzione unitaria di più società e la regola della responsabilità degli amministratori della società sottoposta in solido con quelli della società esercente la direzione unitaria, per i danni cagionati dalle direttive pregiudizievoli impartite dai secondi ed eseguite dai primi [cfr. art. 3, ultimo comma, della prima legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (legge n. 95/1979, di conversione del d.l. n. 26/1979), a cui è succeduto venti anni dopo l'art. 90 della seconda legge sulla medesima materia, tutt'ora vigente (d. lgs. n. 270/1999)]; nonché il riferimento all'attività di direzione e coordinamento di società nel t.u.b. del 1993 (art. 61, comma 4), preceduto dal d. lgs. n 356/1990, art. 25, comma 4, e nel t.u.f. del 1998 (art. 12, comma 2) per l'individuazione della nozione e del perimetro del gruppo rilevante, rispettivamente, ai fini della disciplina bancaria e di quella dei mercati finanziari.

Non si vuole tuttavia, sulla base di questo richiamo ai precedenti dottrinali e legislativi, sminuire l'importanza della scelta, chiaramente operata dalla riforma sia

"speciale" del gruppo sull'attività era stata sottolineata da G. Scognamiglio, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società,* (nt. 3), 39.

[11] *Contra*,in termini a mio avviso non condivisibili, M. Bussoletti, E. La Marca, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 65 ss., 88 e *passim*.

pure sulla base di quei precedenti, di collocare al centro della disciplina dei gruppi l'*attività* di direzione e coordinamento: infatti, l'aver assunto come fattispecie l'attività, senza ulteriori qualificazioni (in particolare, nel senso di attività imprenditoriale), e l'aver agganciato a tale fattispecie la disciplina (in punto, tanto per cominciare, di responsabilità) giova – se non altro – a liberare l'analisi del fenomeno dalle strettoie del dibattito tra sostenitori della e contrari alla natura imprenditoriale della (attività esercitata dalla) *holding* o capogruppo: dibattito che, come è apparso evidente a molti per lo meno a far data dalla celebre sentenza della Corte suprema sul caso Caltagirone (n. 1439/1990), è risultato spesso sterile o comunque incapace di esiti convincenti (fra i molti, Spada, Gliozzi).

Altrimenti detto: anteriormente alla riforma, il dibattito sulla responsabilità del soggetto a cui fa capo la direzione unitaria (secondo il lessico delle norme oggi vigenti, la "direzione e coordinamento") di una pluralità di società tendeva ad impigliarsi nelle secche della discussione sulla qualificazione imprenditoriale della *holding,* nel senso che, nella prospettiva di molti, bastava a chiudere quel dibattito la rilevata difficoltà di identificare nell'attività della *holding* i tratti caratteristici dell'impresa, ravvisati di volta in volta nella spendita del nome all'esterno del gruppo, nell'intento di conseguire un profitto autonomo e distinto da quello delle società sottoposte alla direzione e coordinamento, nell'esistenza di un'organizzazione di mezzi e di persone autonoma rispetto a quella di dette società, nella direzione dell'attività alla produzione di beni o servizi.

Tuttavia, l'aspetto realmente innovativo – rispetto al dibattito precedente la riforma – risiede, a mio giudizio, nell'aver assunto a presupposto della responsabilità, a cui l'esercizio dell'attività di d. e c. espone la società o ente capogruppo, la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Molto si è discusso e numerosi rilievi sono stati espressi, come già ricordato brevemente all'inizio, riguardo a questa c.d. "clausola generale": la critica di eccessiva genericità e vaghezza della regola che, con il richiamo a detti principi, il legislatore ha voluto formulare, non mi sembra tuttavia del tutto giustificata[12], così come non mi parrebbe giustificato il rilievo secondo cui la norma in esame esprimerebbe una sorta di contrappunto stonato fra la complessità e la sofisticatezza della gestione dei gruppi

[12] Avrebbe potuto esserlo, semmai, nei confronti di norme come quella contenuta nell'art. 90 del d. lgs. 270/1999 (e prima ancora nell'art. 3, ult. comma, della l. n. 26/1979), sull'a.s. delle grandi imprese in crisi, dove si stabilisce – con riferimento ai casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo – il principio della responsabilità degli amministratori (nonché, deve ritenersi alla stregua dell' art. 2049 c.c., delle società) che hanno "abusato di tale direzione", in solido con gli amministratori della società eterodiretta insolvente, per i danni conseguenti alle direttive impartite: la responsabilità viene dunque ancorata ad un criterio – quello dell'abuso di direzione unitaria – che, nel contesto normativo dell'epoca in cui venne emanata la norma in questione, poteva essere fondatamente percepito come eccessivamente vago e perciò, in concreto, di assai difficile determinazione.

e la flebile invocazione di uno stucchevole principio di correttezza, probabilmente incapace, da solo, di tenere a bada le scorribande di società o enti capogruppo avidi e prepotenti, pronti a spolpare le società controllate, o comunque ad asservirle ai propri egoistici scopi, a guisa di sanguinari predoni o pirati sbarcati da navi vichinghe[13].

5. È il caso di osservare in proposito che i principi di corretta gestione a cui ha riguardo il comma 1 dell'art. 2497 c.c., sebbene non siano perfettamente coincidenti con quelli che presiedono alla gestione della singola società indipendente (perché, come si rileverà nel prosieguo, vi sono principi che attengono specificatamente alla corretta gestione del *gruppo* societario), tuttavia appartengono di sicuro alla stessa

[13] L'immagine delle navi vichinghe ricorre, nella materia qui considerata, per una prima volta nel celebre scritto di A. Mignoli, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata,* in *Contratto e impresa*, 1986, 729 ss., che dichiarava apertamente la propria adesione alla tesi secondo cui la norma sul conflitto di interessi non dovrebbe applicarsi agli amministratori delle società appartenenti ad un gruppo, per evitare che gli stessi siano costretti ad avvilenti, mortificanti sotterfugi, e per dare loro forza, vigore ed efficacia operativa, sì che possano ergersi come "vichinghi sui ponti di comando delle nostre navi". Riprendendo quella suggestiva immagine un paio d'anni più tardi, un altro autorevole studioso del diritto societario e del diritto dei gruppi, F. d'Alessandro, *Il diritto delle società dai "battelli del Reno" alle "navi vichinghe",* in *Foro it.*, 1988, V, 48 ss. e negli *Scritti di Floriano d'Alessandro*, I, Milano, 1997, 477 ss. (da cui cito) contrastava quella tesi, ritenendo che essa segnasse un allontanamento dalla concezione contrattualistica dell'interesse sociale (: l'interesse della società come interesse comune dei soci in quanto soci, per lo più specificato poi come interesse dei soci alla massimizzazione del dividendo), in nome della quale la dottrina italiana "ha condotto una lunga e tutto sommato vittoriosa battaglia", e comportasse l'avvicinamento alla contrapposta tesi istituzionalista, per lo meno nella versione di nuovo ed inedito istituzionalismo di gruppo, "non meno insidioso né meno ambiguo del vecchio" (*op. cit.*, 494). "Dopo tutto – concludeva il d'Alessandro (*ibidem*) – non si deve dimenticare che quelle navi vichinghe trasportavano per lo più bande di predoni e di pirati". Lo scritto appena ricordato si colloca in un contesto storico-culturale (incisivamente descritto da M. Libertini, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003*, in *RDS*, 2008, 198 ss.,) in cui la dottrina italiana del diritto societario era fortemente impregnata della, direi quasi si abbeverava alla, c.d. teoria contrattualistica dell'interesse sociale (fra i massimi esponenti della quale si rinviene lo Studioso a cui questo scritto è dedicato: cfr. P.G. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, 1964), tendenzialmente stigmatizzando l'opposta teoria istituzionalista, per i fantasmi di autoritarismo bieco e di scarso rispetto degli interessi dei singoli individui, che essa evocava. Al riguardo è da registrare un parziale mutamento di sensibilità e di prospettive, indotto dalla riforma societaria del 2003-2004, in termini di maggiore apertura, rispetto al passato, nei riguardi dell'impresa e dell'interesse della generalità all'efficienza dell'azione e della conduzione dell'impresa, come interesse munito di un valore autonomo e, se non preponderante, certamente non inferiore a quello degli azionisti al dividendo. Non essendo questa la sede adatta per indagare sui questi profili generali della riforma, mi sia consentito rinviare ancora al saggio di Libertini citato in questa nota. Si può tuttavia brevemente accennare a ciò, che il suddetto mutamento di sensibilità e di prospettiva, operato dalla riforma, ha avuto una specifica ricaduta anche sul tema che qui interessa, inducendo una maggiore considerazione nei confronti dell'attività di direzione e coordinamento di società e della possibilità di assicurare il perseguimento, da parte del soggetto che esercita tale attività, di politiche di gruppo, sia pure con i limiti – posti a presidio dei diversi interessi coinvolti – che risultano dalla disciplina complessiva del nuovo capo IX del libro V o da altre disposizioni disseminate nel codice civile, ovvero in leggi esterne al codice.

"famiglia": si tratta dei canoni, criteri e regole di condotta, la cui osservanza da parte dei preposti alla gestione delle imprese vale ad assicurare, in un dato ambiente normativo, la correttezza di quest'ultima, e cioè la sua conformità alla legge, la sua coerenza con i valori e gli interessi che la legge (*rectius*, l'ambiente normativo nel suo complesso) proteggono con riferimento all'impresa.

Possiamo dunque affermare che il richiamo a quei principi vale ad attrarre l'attività di direzione e coordinamento di società nella sfera concettuale dell'attività di gestione dell'impresa: una gestione "di secondo livello" caratterizzata, e resa particolarmente complessa, dalla circostanza che l'impresa, su cui essa insiste, è una e multipla al tempo stesso, essendo articolata in una pluralità di società, reciprocamente autonome dal punto di vista giuridico e costituenti, secondo quel medesimo punto di vista, centri di interessi[14] distinti e reciprocamente indipendenti, anche se economicamente "collegati".

Non vi è dunque bisogno, secondo la proposta da taluni avanzata, di far capo alla nozione, di matrice giurisprudenziale, dell'*amministratore di fatto* e di estenderne, un po' artificiosamente, l'ambito di applicazione al di là delle ipotesi peculiari dell'amministrazione esercitata da un soggetto privo di investitura formale ovvero investito nella carica sulla base di un atto deliberativo viziato e perciò invalido: vi è infatti l'esplicito riconoscimento, come fattispecie giuridicamente rilevante, dell'amministrazione unitaria di una pluralità di società giuridicamente autonome l'una dall'altra, in funzione del loro coordinamento strategico, e cioè del perseguimento di obiettivi economici totalmente o parzialmente (a seconda della maggiore o minore intensità del legame di gruppo e del maggiore o minor grado di accentramento delle funzioni gestorie) coincidenti.

Tale riconoscimento è coerente con l'assunto che ravvisa nel gruppo societario uno dei possibili modelli di organizzazione dell'impresa; assunto che – per unanime convincimento degli interpreti – è alla base delle disposizioni del nuovo capo IX del libro V del codice civile.

È il caso di osservare che l'amministrazione unitaria, di cui poc'anzi si discorreva, si traduce, dall'angolo visuale delle singole società sottoposte, in una forma di eterodirezione: questa, tuttavia, non espropria i preposti all'ufficio di amministrazione delle società del gruppo delle loro specifiche competenze gestorie, che permangono, pur dovendo l'amministratore della società sottoposta tener conto delle direttive strategiche provenienti dal vertice, e perciò assecondarle, se vantaggiose o non nocive per la società sottoposta, ovvero pretendere, nel caso in cui risultino pregiudizie-

[14] Questa espressione mi sembra da preferire all'altra "centri di profitto", che ricorre nella relazione di accompagnamento del d. lgs. n. 6/2003 ed è stata ripresa altresì da una parte della dottrina [C. Angelici, (nt. 10), 199, 204].

voli, un vantaggio a compensazione del pregiudizio, secondo la previsione dell'ultimo periodo dell'art. 2497, comma 1, c.c., sulla quale si tornerà nel prosieguo.

Per esporre in termini succinti il risultato a cui si è fin qui giunti, possiamo affermare che le disposizioni degli art. 2497 e segg. c.c. disegnano la direzione e coordinamento di società come un peculiare modello di organizzazione e di gestione dell'impresa (e specificamente dell'impresa plurisocietaria, articolata cioè in forma di gruppo), assistito da doveri qualitativamente omogenei a quelli che puntellano la gestione di una società indipendente. Questa costruzione può aprire la strada ad ulteriori, interessanti sviluppi, già in parte adombrati dalla dottrina più sensibile a questi temi, quali per esempio l'identificazione della direzione unitaria come uno specifico "dovere" della capogruppo e dei suoi amministratori[15], nei confronti sia delle società sottoposte, sia dei soci e dei diversi portatori d'interessi della capogruppo.

Le regole o i "principi" alla cui osservanza è tenuto chi (secondo il tenore letterale dell'art. 2497, comma 1, la "società" o "ente" che) esercita l'attività di direzione e coordinamento, identificati attraverso il richiamo alla "correttezza gestionale societaria e imprenditoriale", non sono da considerare, come qualcuno ha sostenuto, alla stregua di criteri "in bianco", il cui contenuto debba essere scritto interamente, *ex post*, dal giudice investito della singola controversia e cioè del compito di risolvere le singole, specifiche situazioni di conflitto fra interessi parimenti tutelati. Tali principi ("norme di organizzazione di contenuto generale", secondo la classificazione proposta da M. Libertini[16]), infatti, consentono ed esigono una "attribuzione di significato" *ex ante*, ad opera dell'interprete, il quale – in base ad un canone di "giuspositivismo moderato" – potrà attingere sia a criteri sistematici normativi, sia a criteri giustificati in termini di coscienza sociale[17].

In particolare, si deve ritenere che ai "principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale", di cui all'art. 2497, comma 1, sia possibile dare un contenuto determinato *ex ante*, procedendo alla ricostruzione degli stessi, innanzi tutto sulla base dei dati testuali e sistematici offerti dal diritto positivo, dunque dalla disciplina, codicistica ed esterna al codice, dell'impresa e delle società, nonché dalla stessa disci-

[15] Qualificazione che potrebbe scaturire già dall'assunto dell'attività di direzione e coordinamento come specifico "oggetto sociale" della capogruppo, la cui attuazione risulta dunque doverosa per gli amministratori della medesima: sul punto mi sia consentito rinviare a G. Scognamiglio, *Autonomia e coordinamento ecc.* (nt. 10), 40 ss. Un cenno al tema, corredato da alcuni riferimenti bibliografici essenziali si rinviene altresì nel più recente lavoro di M. Maugeri, *Partecipazione sociale e attività d'impresa,* Milano, 2010, 349 s., testo e note. Giova ricordare che il dibattito sulla questione a cui si allude nel testo è stato aperto circa trent'anni fa in Germania dagli studi di un celebre ed importante studioso tedesco del diritto dei gruppi di società, Marcus Lutter, ed in particolare dalla monografia di un allievo del medesimo studioso: cfr. P. Hommelhoff, *Die Konzernleitunspflicht*, Köln, 1982.

[16] Libertini, (nt. 1).

[17] Cfr., per queste proposte metodologiche, ancora M. Libertini, (nt. 1), §§ 2 ss.

plina, codicistica e non, della direzione e coordinamento di società; si tratta, almeno in parte, degli stessi dati testuali e sistematici che utilizziamo per ricostruire e identificare i principi di correttezza che presiedono, sulla base di testuali indicazioni del diritto positivo (si veda, ad esempio, quella contenuta nell'art. 2403 c.c.), all'amministrazione di una società individualmente considerata.

I principi a cui ha riguardo l'art. 2497 c.c. attengono, congiuntamente, alla correttezza gestionale societaria e imprenditoriale. La doppia aggettivazione è stata da taluni[18] criticata come un'inutile endiadi. Il rilievo è a mio avviso semplicistico. Infatti, la duplice qualificazione della correttezza gestionale, in termini tali da riferirla tanto alla gestione dell'impresa, quanto a quella della società, vale a richiamare diverse serie di "principi":

(a1) i principi che presiedono al corretto svolgimento dell'attività di amministrazione nella singole società (anche appartenente ad un gruppo) e che possiamo ricostruire sulla base della disciplina generale dei poteri e doveri degli amministratori della società indipendente. Una enumerazione analitica degli stessi sarebbe impossibile (com'è del resto impossibile l'elencazione analitica dei doveri e dei poteri che costellano la gestione di una società indipendente). Possiamo tuttavia richiamare il complesso degli obblighi funzionali alla salvaguardia della *Vermögensbindung* (del vincolo di destinazione del patrimonio sociale al perseguimento degli scopi e dell'oggetto della società), ovvero funzionali alla realizzazione della causa (lucrativa, consortile, ecc.) della società, oppure, ancora, i doveri inerenti al rispetto ed alla corretta attuazione del modello organizzativo societario, per esempio al rispetto del riparto delle funzioni e delle competenze fra i diversi organi: si tratta di principi che ineriscono all'amministrazione della singola società e rilevano nell'ambito della stessa, per cui, sotto questo riguardo, il compito del "buon capogruppo" consiste nell'astenersi dall'emanare direttive contrastanti con i predetti principi e con gli obblighi positivi o negativi di comportamento in cui essi si traducono;

(a2) i principi di correttezza gestionale posti a presidio di interessi e valori espressi e tutelati dal diritto societario ed aventi specifico riguardo alle società (in quanto) appartenenti ad un gruppo: il principio di salvaguardia della separatezza dei soggetti (: le diverse società del gruppo) e dei rispettivi dei patrimoni, onde sono ad esempio vietati gli atti di confusione patrimoniale o l'utilizzo di risorse dell'una società per pagare i debiti facenti carico all'altra; il principio di compensazione con corrispondenti vantag-

[18] Ad es. M. Bussoletti, E. La Marca, (nt. 11), 123 s. Perplesso sul punto se le due aggettivazioni siano state o no impiegate in maniera sinonimica V. Cariello, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale,* in *Riv. soc.,* 2003, 1229 ss., 1242 s.

gi del danno derivante dal dispiegarsi dell'attività di d. e c. in capo alle società sottoposte ad essa sottoposte; il principio di *disclosure* delle politiche di gruppo nei confronti delle società sottoposte alla d. e c., funzionale all'osservanza da parte di queste ultime degli obblighi di motivazione enunciati all'art. 2497-ter[19]; il principio onde è imposto alla capogruppo di farsi carico del corretto finanziamento delle società eterodirette, astenendosi dal concedere finanziamenti che pregiudicano l'equilibrio finanziario (: il rapporto fra indebitamento e patrimonio netto) della società e facendo ricorso al conferimento a capitale piuttosto che al finanziamento, quando ciò risulti ragionevole in considerazione della situazione finanziaria della società (art. 2467 c.c., richiamato dall'art. 2497-quinquies c.c.); il principio per cui la gestione della liquidità, in ipotesi accentrata a livello di gruppo nell'esercizio dell'attività di d. e c., deve essere svolta in maniera tale da non sottrarre alle singole società del gruppo la disponibilità di risorse finanziarie, necessaria ad assicurare la continuità dell'attività[20];

(b) i principi che presiedono alla corretta gestione di un'impresa: il principio onde è imposto di assicurare all'impresa adeguatezza di assetto organizzativo, amministrativo e contabile (richiamato negli artt. 2381, 2403 c.c.); il principio in base al quale è richiesto al corretto gestore di un'impresa, e dunque anche al "buon capogruppo", di agire informato, identificabile anche come obbligo di preventiva istruttoria; il principio di trasparenza; il principio di pubblicità (che si traduce nell'obbligo del corretto gestore di dar corso a tutti gli adempimenti pubblicitari previsti dalla legge); quello di rappresentazione veritiera e corretta, nei documenti e nei libri contabili, della situazione patrimoniale e finanziaria della società e del risultato economico dell'esercizio, oppure, nel caso del bilancio consolidato (art. 29 d. lgs. n. 127/1991), della situazione patrimoniale e finanziaria e del risultato economico dell'esercizio "del complesso delle imprese costituito dalla controllante e dalle controllate" e presuntivamente (cfr. art. 2497-sexies c.c.) cementato dalla direzione e coordinamento della prima sulle seconde; il principio onde è imposta, a diversi fini, l'attivazione di un flusso informativo *top down* e *bottom up*, ossia dalla capogruppo verso le società dirette e coordinate e viceversa; il principio onde è imposto di preservare l'equilibrio finanziario dell'impresa e l'integrità del suo patrimonio a tutela del ceto dei creditori, volontari ed involontari, dell'impresa stessa, e quello che impone di gestire l'impresa in maniera tale da salvaguardarne la capacità di esistenza autonoma in un contesto di mercato concorrenziale.

[19] In proposito mi sia consentito rinviare, per lo sviluppo del ragionamento, a G. Scognamiglio, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 757 ss.

[20] In argomento cfr. M. Miola, *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, in AA.VV., *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali, Studi in onore di Giovanni E. Colombo,* Torino, 2011, 36 ss., 46 s., 68 ss.

L'elencazione può fermarsi per ora qui; ma è appena il caso di osservare che non si tratta di un elenco "chiuso": esso è, tutt'al contrario, aperto ad ulteriori integrazioni, che vengano man mano imposte dall'esigenza di adeguamento ad eventuali cambiamenti normativi, ovvero dall'esigenza di tener conto, come poc'anzi si accennava, altresì di criteri "giustificati in termini di coscienza sociale", come tali mutevoli perché sensibili all'adattamento della coscienza sociale al mutare dei valori e degli interessi che la collettività sociale esprime e coltiva. Basti pensare alla congerie dei valori e degli interessi che danno sostanza e contenuto al principio della "responsabilità sociale dell'impresa" nelle sue diverse articolazioni: sulla base di essi, la coscienza sociale potrebbe, in un determinato momento o contesto storico, per esempio percepire come "dovere di corretta gestione societaria ed imprenditoriale" l'adozione di politiche imprenditoriali atte a favorire l'occupazione femminile, oppure l'occupazione nelle zone più povere del paese, e perciò l'adozione di criteri di comportamento, a livello sia di singola società, sia di gruppo, coerenti con dette politiche.

Tornando al disposto dell'art. 2497, comma 1, la doppia qualificazione della correttezza gestionale ("societaria" e "imprenditoriale"), lungi dall'essere pleonastica o ridondante, sembra anzi opportuna, ai fini dell'applicazione della disciplina in esame; mentre, è il caso di notare, non se ne è normativamente avvertita l'utilità con riguardo alla gestione di un'impresa che abbia come centro d'imputazione una società indipendente.

La rilevata differenza si spiega alquanto agevolmente. Nel caso della società avulsa da collegamenti di gruppo, i confini dell'impresa coincidono, per dirla in termini descrittivi, con quelli stessi della società che la esercita: questa è centro d'imputazione esclusivo di quella determinata impresa; per cui i canoni di correttezza gestionale relativi all'impresa tendono a confondersi e a sovrapporsi con quelli relativi all'amministrazione della società, intesa come "complesso organizzato di uffici responsabili e dei corrispondenti assetti patrimoniali"[21].

Nel fenomeno dei gruppi, invece, si determina, come più volte osservato, uno sdoppiamento fra le società, come sopra intese, e l'iniziativa economica che per mezzo di esse si realizza e che tutte le attraversa, imputandosi, mediante la sua scomposizione in fasi o segmenti diversi[22], ad una molteplicità di soggetti distinti.

Di qui l'opportunità di far capo, nella individuazione del contenuto dei criteri di correttezza gestionale, sia al piano dei centri d'imputazione (le società), sia al piano

[21] Mutuo la felice modalità espressiva da Cons. St., 29 dicembre 2010, n. 9575.

[22] Per la proposta di identificare nel concetto di "fase" dell'attività d'impresa, presente nella definizione normativa del consorzio (art. 2602 c.c.), uno strumento conoscitivamente utile a cogliere la realtà del gruppo, mi sia consentito rinviare a G. Scognamiglio, *Società di persone e imprese individuali di gruppo nell'amministrazione straordinaria*, Roma, 1984, 153 s. La proposta piacque a F. Galgano, *Qual è l'oggetto della società* holding, in *Contratto e impresa,* 1986, 327 ss. e – per suo tramite – si è diffusa ed è penetrata altresì nella giurisprudenza: cfr. il *leading case* di Cass., n. 1439/1990 cit.

dell'iniziativa economica plurisoggettiva (l'impresa)[23]. L'oscillazione fra i due piani o poli è costante (del resto, è osservazione risalente e da tutti condivisa quella secondo cui le difficoltà di comprensione e di regolazione ed al tempo stesso il fascino e l'*appeal* dei gruppi risiedono nella permanente dialettica fra "unità" e "molteplicità"), e può talora rivelarsi un esercizio inutile quello volto a stabilire se un determinato obbligo imposto alla direzione e coordinamento (*rectius*, all'ente o società che la esercita) attenga alla correttezza gestionale societaria ovvero a quella imprenditoriale. Ma, si ribadisce, la doppia aggettivazione è utile ad affermare l'applicazione alla capogruppo (anche) di quei criteri di correttezza gestionale che attengono ad una sfera più ampia di quella della singola società: è il caso, per citare solo un esempio, del flusso informativo che la "buona" capogruppo è tenuta ad instaurare ed a mantenere attivo nel tempo dalle società controllate e verso le medesime (*upstream* e *downstream*), in quanto è necessario ai fini della elaborazione dei piani strategici di gruppo, così come ai fini della predisposizione dell'informazione contabile di gruppo (d. lgs. n. 127/191), ovvero al fine di attingere dalle società controllate tutte le notizie per l'adempimento degli obblighi di comunicazione "al pubblico" imposti dall'art. 114 t.u.f. alle capogruppo che siano "emittenti quotati".

6. Dovrebbe essere ormai chiaro che, secondo la tesi qui condivisa, la "clausola" della correttezza gestionale societaria ed imprenditoriale, contenuta nell'art. 2497, comma 1, non ha soltanto il significato e lo scopo di rimettere la soluzione dell'eventuale controversia alla valutazione del caso concreto, *rectius* alla ponderazione comparativa dei diversi interessi in gioco nel caso concreto, operata *ex post* dal giudice investito della controversia stessa.

Essa rileva altresì come espressione riassuntiva della serie dei doveri e dei canoni di comportamento che s'impongono al soggetto che esercita la direzione e coordinamento di società e che valgono a disegnare, com'è stato detto, la figura del "buon capogruppo"[24].

In tal modo, la clausola dei "principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale" rivela una valenza ulteriore ed implicita, che consiste nel riconoscere nell'at-

[23] La spiegazione, che si cerca di offrire nel testo, della doppia qualificazione (societaria e imprenditoriale) dei principi di correttezza gestionale di cui all'art. 2497, comma 1, sembra più semplice e lineare, e come tale più convincente, di quelle proposte da altri autori: cfr. ad esempio M. Maugeri, (nt. 15), 339 s., che si richiama, per spiegare quella doppia qualificazione, all'idea della adeguata distribuzione delle opportunità di profitto (: valorizzazione della partecipazione sociale) e dei rischi di perdita (: inerenti alla gestione dell'impresa); M. Irrera, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005, 68, 319, che si richiama alla distinzione fra il momento organizzativo dell'impresa (: la gestione societaria) e l'attività diretta al conseguimento dell'oggetto sociale (: la gestione imprenditoriale).

[24] Cfr. C. Angelici, (nt. 10), 202.

tività di direzione e coordinamento l'esercizio, in principio legittimo, *di un potere gestorio a carattere discrezionale* e, conseguentemente, nel subordinare il controllo di merito su detta attività (volto ad accertare la fondatezza della pretesa risarcitoria avanzata dal socio o dal creditore) alla prova della violazione (di una o di alcune) delle regole in cui si concretizzano i principi di corretta amministrazione. Dunque, ciò che la clausola in esame esprime è il principio di *insindacabilità nel merito dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento*, e cioè della sua insindacabilità fino a quando i predetti principi non siano stati violati e non sia stata comunque fornita la prova della loro violazione.

Possiamo allora affermare che anche la gestione di un gruppo societario – quella gestione di secondo livello, rivolta ad una pluralità di soggetti giuridicamente autonomi, che si esprime nella formula organizzativa della "direzione e coordinamento" di società – è assistita da una specifica *business judgement rule*, operante al livello del gruppo[25]; la discrezionalità riconosciuta al soggetto che esercita l'attività di d. e c. è ampia, in quanto comprende in sé il potere di emettere direttive anche suscettibili di arrecare un pregiudizio ad una o ad alcune delle società eterodirette, purché il pregiudizio venga compensato. Come osservato già in altre occasioni[26], sotto il profilo ora in esame la disciplina adottata dal nostro legislatore si risolve nell'attribuzione al gruppo (*rectius*, al titolare dell'attività di direzione e coordinamento del gruppo) di una sorta di privilegio: la regola "puoi danneggiare, a condizione che si provveda affinché il danno sia *aliunde* compensato" è sicuramente più favorevole all'agente della regola che si esprime nel divieto puro e semplice di cagionare danno ad altri.

Dal punto di vista giuspolitico, la disposizione dell'art. 2497, comma 1, è stata letta, in termini talora critici, come espressione dell'intento del legislatore di incentivare il modello organizzativo dell'impresa di gruppo e di rafforzare il potere dei soggetti posti al vertice dei gruppi. Qualunque sia la posizione che si assuma al riguardo, deve tuttavia convenirsi sul punto che detta disciplina costituisce sviluppo ed applicazione del principio della legittimità della direzione e coordinamento di società: nel senso che l'esercizio di tale attività, dunque il dispiegarsi delle politiche di gruppo, incontrerebbe ostacoli consistenti, se non fosse prevista la possibilità di compensare i sacrifici scaturenti, a carico di una delle società del gruppo, da una

[25] C. Windblicher, *Die "kohärente und auf Dauer angelegte Gruppenpolitik"*, in *Festschrift für P. Ulmer,* Berlin, 2003, 683 ss.

[26] Cfr. G. Scognamiglio, *I gruppi di società*, in Aa. Vv., *Diritto commerciale*[6], Bologna, 2010, 477 ss.; Ead., *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in AA.VV., *L'interesse sociale sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders,* Atti del Convegno in ricordo di P.G. Jaeger svoltosi a Milano il 9 ottobre 2009, Milano, 115 ss. 129 ss. Di recente ha aderito a tale ricostruzione M. Maugeri, *Interesse sociale, interesse dei soci e interessi del gruppo*, in A. Paciello (a cura di), *La dialettica degli interessi nella disciplina delle s.p.a.*, Atti del V incontro di studio italo-spagnolo di diritto commerciale, tenutosi il 19 e 20 maggio 2011, Napoli, 2011, 245 ss., 279.

determinata operazione con i vantaggi derivanti da altre operazioni previste all'interno della medesima strategia.

La disciplina complessivamente dettata dal comma 1 dell'art. 2497 mostra, da questo punto di vista, una sua razionalità e coerenza[27]. Infatti, se e nei limiti in cui lo specifico modello organizzativo dell'iniziativa economica è ammesso[28] dall'ordinamento, esso deve poter consentire una gestione efficiente e fluida dell'iniziativa economica "policorporativa". Il divieto "secco" di emanare direttive pregiudizievoli per la singola società potrebbe risultare disfunzionale rispetto a tale esigenza; funzionale è invece il riconoscimento alla società o ente titolare della "direzione unitaria del gruppo" di un potere discrezionale di contenuto ampio, che consenta di superare la pluralità soggettiva, attraverso lo spostamento di risorse economiche e finanziarie all'interno del gruppo stesso come se questo fosse un'unica impresa, attraverso la distribuzione dei vantaggi e delle opportunità di guadagno in maniera anche ineguale fra le diverse società, e persino attraverso l'adozione di strategie imprenditoriali che risultano antieconomiche per una o più società e si risolvono in sacrifici o pregiudizi per i loro portatori di interessi: riconoscimento tuttavia subordinato alla condizione che il pregiudizio arrecato venga neutralizzato con l'attribuzione, alla società che lo ha subito, di un vantaggio equivalente in un arco temporale determinato.

7. Il problema è tuttavia che, almeno alla stregua del suo tenore testuale, la disposizione dell'art. 2497 si palesa insufficiente sotto il profilo della tecnica legislativa: si tratta infatti di un testo ambiguo e per certi versi fumoso, che non riesce in quanto tale a risolvere i dilemmi in cui la teoria dei vantaggi compensativi[29] si dibatteva, con riferimento al tema specifico dei gruppi di società, anteriormente alla riforma societaria.

Era infatti, già prima del 2003 e sulla base delle elaborazioni di detta teoria (allora priva di agganci nel diritto positivo) ad opera della giurisprudenza teorica e pratica, palese il contrasto[30] fra i sostenitori della sufficienza delle compensazioni vir-

[27] Cfr. P. Montalenti, (da ultimo in) *Le società per azioni*, (nt. 4), 636 ss.

[28] Il modello organizzativo della direzione e coordinamento di società non è per esempio ammesso per le imprese private con finalità lucrative e le amministrazioni pubbliche nei confronti delle *imprese sociali* ai sensi del d. lgs. n. 155/2006 (cfr. art. 4, commi 3 e 4).

[29] Sulla quale si veda, anteriormente alla riforma, per tutti P. Montalenti, *Conflitto d'interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, 710 ss.; L. Enriques, *Gruppi piramidali, operazioni infragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur. Comm.*, 1997, I, 698 ss.; ulteriori riferimenti in N. Rondinone, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale,* Milano,1999.

[30] Il dibattito coinvolgeva, oltre ai due ricordati nel testo, un terzo polo di riflessione, precisamente rappresentato da coloro (cfr. in particolare Enriques; in qualche misura anche d'Alessandro) i quali contestavano a monte la teorica dei vantaggi compensativi, argomentando nel senso che gli interessi in gioco nel fenomeno

tuali o eventuali ed i fautori della tesi opposta, secondo cui "la compensazione della società danneggiata deve essere prevista come elemento specifico della politica di gruppo, con un effettivo trasferimento di vantaggi" specifici e suscettibili di essere stimati secondo criteri di mercato[31].

Secondo la prima delle due ricordate prospettive, la teoria dei vantaggi compensativi metterebbe capo ad uno *standard* (o criterio generale: del tipo "occorre guidare con prudenza"); a voler assecondare invece l'altra prospettiva, si tratterebbe piuttosto di una *rule* (o regola specifica: del tipo "è vietato attraversare l'incrocio in presenza di semaforo rosso").

Collegato al precedente, vi è il contrasto fra chi ritenga soddisfatto il criterio del vantaggio compensativo già in presenza di un generale andamento positivo del gruppo nel suo complesso (che sarebbe di per sé sufficiente a rendere giuridicamente irrilevante il pregiudizio della singola società) e chi, per converso, si dichiari disposto a riconoscere la legittimità delle politiche di gruppo e dell'ossequio alle medesime da parte degli amministratori delle società controllate, alla sola condizione che siano identificabili, con riferimento alla singola società, specifiche ricadute vantaggiose dell'appartenenza della stessa al gruppo.

---

dei gruppi di società avrebbero ricevuto una più adeguata e più efficiente tutela dall'applicazione delle regole generali in materia di conflitto d'interessi del socio e dell'amministratore: dunque, in sostanza, dal disconoscimento della prospettiva del gruppo e dall'applicazione, invece, della disciplina di diritto comune delle società indipendenti. Questo terzo orientamento non viene esplicitamente ricordato nel testo, perché la prospettiva che esso adottava deve ritenersi oggi superata dall'avvento, con la riforma societaria del 2003, del modello organizzativo della direzione e coordinamento di società, l'opzione per il quale dovrebbe mettere "in fuori gioco" l'applicazione della disciplina dei conflitti d'interessi dei soci e degli amministratori nelle società indipendenti (che resterebbe tuttavia applicabile ai casi di conflitto con interessi di soggetti "terzi").

31 F. Denozza, Rules vs Standards *nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni virtuali,* in *Giur. Comm.*, 2000, I, 327 ss., 330. Nello scritto menzionato, il Denozza esamina la questione con gli strumenti dell'analisi economica del diritto: muovendo dalla riconduzione della teoria della compensazione effettiva allo schema paretiano (è efficiente la soluzione che accresce il benessere complessivo senza sacrificare chicchessia) e di quella che reputa sufficienti le compensazioni eventuali o virtuali allo schema di Kaldor-Hicks (è efficiente la soluzione che arreca ad uno dei soggetti della collettività un vantaggio così consistente da consentirgli eventualmente di risarcire coloro che ne siano risultati danneggiati), Denozza conclude, passando attraverso la disamina di alcune fattispecie emblematiche, nel senso che, dal punto di vista dell'analisi economica, la prima delle due teorie si lascia senz'altro preferire, in quanto la seconda comporta dei rischi tali da scoraggiare l'investimento nelle azioni della società che l'adottino. Ancora più radicale sembra essere la conclusione a cui perviene N. Rondinone, (nt. 29), 576 ss.; ID., *Società (gruppi di)*, voce del *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale*, Aggiornamento, Torino, 2009, 639), ad avviso del quale "non vi è prova che l'abbandono o anche solo l'attenuazione del sistema atomistico (…) consenta veramente di conseguire un incremento dei risultati economici complessivi del gruppo (…)", per cui andrebbe comunque contestata (non ammessa dal diritto positivo) la rilevanza dei vantaggi compensativi, mentre andrebbe applicato alle società di gruppo il principio di diritto comune della rigorosa intangibilità dell'interesse di ciascuna società. Questo tipo di argomentazione si pone ormai in contrasto con la disciplina degli artt. 2497 e segg. c.c., ed *in primis* con il principio, richiamato all'inizio nel testo, che riconosce nella "direzione e coordinamento" di società una legittima esplicazione dell'iniziativa economica.

Il criterio generale, lo *standard*, suonerebbe come principio di legittimità delle politiche di gruppo che si traducano in un incremento del risultato complessivo del gruppo stesso, quand'anche a questo incremento corrisponda il sacrificio di una o più società; la *rule* impone, in presenza di politiche di gruppo che avvantaggiano talune società e ne danneggiano altre, di compensare quella che risulta danneggiata con l'attribuzione di un vantaggio congruo ed effettivo.

La disposizione dettata al riguardo nel corpo dell'art. 2497, comma 1, sembrerebbe, ad una prima e superficiale lettura, adottare contemporaneamente entrambe le prospettive (quella che si accontenta delle compensazioni virtuali o ipotetiche e quella che intende la compensazione, nel contesto che ci occupa, come attribuzione alla società danneggiata di un vantaggio congruo, proporzionato ed effettivo[32]): essa stabilisce infatti che la responsabilità del soggetto a cui fa capo l'attività di direzione e coordinamento non sussiste quando il danno risulta mancante "alla luce del risultato complessivo dell'attività" medesima oppure "integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette".

In particolare, sulla base del richiamo normativo al risultato complessivo dell'attività, si è sviluppata una corrente di pensiero favorevole a leggere nella disposizione in esame il riconoscimento legislativo dell'interesse di gruppo, e cioè della legittimità (anche) di politiche che perseguono il vantaggio dell'insieme delle società del gruppo, anche a scapito di una o talune di esse, ferma restando la legittimità di politiche di gruppo fondate invece sulla rigorosa compensazione dei sacrifici con vantaggi adeguati.

Sennonché, la tesi alla stregua della quale la novella legislativa avrebbe recepito, accogliendole, entrambe le versioni della teoria dei vantaggi compensativi, pur tro-

[32] Vi è anche una terza prospettiva, teoricamente più appagante, ma di più difficile attuazione, se non altro perché postula l'esistenza di un accordo complessivo fra le diverse società del gruppo, la quale impone di ripartire il vantaggio o *surplus* riconducibile alla politica di gruppo fra le varie società partecipanti allo stesso secondo una proporzione predefinita: per uno spunto in tal senso, vedi F. Denozza, (nt. 31), 328, nt. 3, e gli autori ivi ricordati (fra gli altri, D. Preite, G. Scognamiglio), dove anche il rilievo circa la difficile praticabilità di un siffatto accordo; a meno che – osservo – non si tratti di un gruppo (cooperativo) paritetico: si veda infatti il disposto dell'art. 2545-septies, comma 1, n. 5, c.c., ed ivi il riferimento allo "equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune".
In assenza di un siffatto accordo (ovvero di specifici appigli normativi: ne costituiscono un esempio nel nostro ordinamento, seppure confinati in un ambito settoriale quale quello dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, l'art. 85, comma 2, d. lgs. n. 270/1999 e l'art. 4-bis, comma 2, d. l. n. 347/2003, conv. in l. n. 39/2004), non sembra comunque possibile affermare, neppure sulla base dei principi di correttezza gestionale societaria e imprenditoriale a cui si richiama l'art. 2497, comma 1, la sussistenza di un dovere, in capo al soggetto esercente la direzione e coordinamento di un gruppo di società, di trattamento proporzionale delle diverse società del gruppo, e specificamente di ripartizione proporzionale fra le stesse dei vantaggi (e dei pesi) della politica di gruppo alla stregua di un parametro determinato, per esempio quello del contributo di ciascuna società al conseguimento del risultato utile complessivo o quello degli oneri sopportati per consentirne la realizzazione. Nello stesso senso sembra orientato anche M. Maugeri, (nt. 15), 339, testo e nt. 130.

vando in qualche misura conforto nel dato testuale, urta contro argomenti non difficilmente superabili di carattere logico-sistematico ed è addirittura suscettibile di condurre all'amputazione (per abrogazione tacita?) di un frammento del dettato normativo.

Ponendosi nella prospettiva della dinamica processuale, e cioè della concreta applicazione della norma di legge, si può assumere che il "vantaggio compensativo", in quanto circostanza esimente dalla responsabilità[33], sia fatto valere in via di eccezione, ai sensi della disciplina in esame, dalla società o ente esercente l'attività di direzione e coordinamento, che siano stati convenuti in giudizio con l'azione di responsabilità ivi prevista[34].

[33] Secondo una tesi (ad es. G. Oppo, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 471 ss. e in *Vario diritto, Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005, 279 ss, da cui cito)), la disposizione dell'art. 2497, comma 1, ultimo periodo, presterebbe il fianco alla critica, sotto il profilo della difficoltà di ammettere, alla stregua del criterio logico-sistematico, che il comportamento illegittimo o illecito di un determinato soggetto cessi di essere perseguibile, perdendo dunque la qualificazione di illegittimità o illiceità, sulla base del dato di fatto che il danno provocato da quel comportamento è neutralizzato dal risultato positivo di un distinto comportamento (nel caso di specie: gestorio) conforme alla legge. Testualmente, l'autore appena menzionato (*op. cit.*, 297) osserva, in senso critico rispetto alle scelte operate dalla legge di riforma societaria del 2003, che "gli esiti (colpevolmente) dannosi non dovrebbero compensarsi con quelli vantaggiosi, se questi ultimi sono dovuti ad un'attività di 'corretta gestione', quindi ad un'attività doverosa. Diversamente, si arriverebbe a dire che il gestore che abbia operato bene in passato (senza limiti di tempo?) può esimersi da responsabilità per comportamenti dannosi, invocando i risultati utili della sua precedente attività" (per analoghi rilievi cfr. ancora G. Oppo, *Sull'impatto sistematico della riforma del diritto societario,* in *Vario diritto*, *Scritti giuridici*, VII, cit., 302 ss., 306 s.
L'obiezione può essere rintuzzata, ove si riconduca, così come suggerito nel testo, il vantaggio compensativo alla categoria delle esimenti o scriminanti, di quei fatti cioè idonei, secondo la scelta operata dal legislatore, ad elidere la qualificazione in termini di illiceità di un dato comportamento e di conseguenza la responsabilità dell'agente. La norma in esame, secondo questa proposta interpretativa, va dunque letta come espressione del principio per cui, nell'ambito del modello organizzativo della direzione e coordinamento di società, il perseguimento di strategie o politiche pregiudizievoli per la singola società (dei suoi soci e dei suoi creditori) non costituisce comportamento illecito o *contra legem* del soggetto che esercita l'attività di d. e c. se il pregiudizio viene compensato. La questione delicata, che verrà richiamata più avanti nel testo, consiste nel chiarire come operi il meccanismo della compensazione e quali siano i parametri o criteri sulla base dei quali va eseguito il raffronto fra il pregiudizio ed il vantaggio (ipoteticamente destinato a compensare il primo).

[34] Cfr. di recente M. Bussoletti, E. La Marca, (nt. 11), 125.
È a mio avviso da ritenere che appartenga alla struttura dell'esimente anche la circostanza del perseguimento di un "interesse imprenditoriale proprio o altrui": nel senso che il convenuto dovrà addurre, allo scopo di ottenere l'esonero dalla responsabilità, di aver agito in vista di un interesse e nell'ambito di una strategia imprenditoriale (dunque volta ad uno scopo economico di produzione di beni o servizi) e di aver previsto, nell'ambito di quella strategia, che al pregiudizio lamentato dall'attore corrisponda un vantaggio di pari entità: il riferimento all'interesse imprenditoriale proprio o altrui può essere, in altri termini, invocato dalla società o dall'ente convenuti ai sensi dell'art. 2497, per dar corpo e sostanza all'assunto di un disegno strategico imprenditoriale, nell'ambito del quale l'operazione pregiudizievole trova il suo contrappeso in una (parimenti programmata o addirittura già attuata) operazione vantaggiosa per quella determinata società (i cui soci hanno intrapreso l'azione). È invece a mio avviso da non condividere la tesi (cfr. M. Bussoletti, E. La Marca, [nt. 11], 129) secondo la quale il perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio o altrui rileverebbe come ele-

Si deve peraltro incidentalmente dare atto di ciò, che non è incompatibile con il tenore letterale della norma e non è priva di riscontro nella dottrina l'opinione secondo la quale il vantaggio compensativo, *rectius* la mancata attribuzione di vantaggi compensativi, sarebbe elemento integrante della fattispecie di responsabilità ai sensi dell'art. 2497, comma 1, e come tale andrebbe provato dall'attore; una variante di tale opinione pone a carico dell'attore l'onere di provare che la direzione unitaria del gruppo è, nel suo complesso, e cioè al lordo di eventuali vantaggi compensativi, risultata nociva per la società eterodiretta[35]. In entrambe le varianti, tuttavia, l'opinione citata è a mio avviso da respingere[36], perché addossa inammissibilmente alla parte attrice la prova di una circostanza negativa (la mancanza o la insufficienza dei vantaggi compensativi erogati dalla capogruppo) e perché, alla sua stregua, si determina un effetto di disincentivo all'esperimento dell'azione, con conseguente grave pregiudizio alla effettività della tutela in sede giudiziaria degli interessi (della società eterodiretta, dei singoli soci di quest'ultima) a presidio dei quali è stata espressamente regolata l'azione di responsabilità ex art. 2497.

Ora, alla stregua della più permissiva delle letture dianzi esposte (secondo la quale l'art. 2497 ammetterebbe la rilevanza del vantaggio compensativo in tutte le sue forme), l'eccezione avrebbe come contenuto l'allegazione del saldo positivo dell'attività di direzione e coordinamento a livello di gruppo, così come risultante dal bilancio consolidato redatto *ex* art. 25 ss. d. lgs. n. 127/1991, valutato come idoneo in quanto tale a neutralizzare la rilevanza di qualsivoglia pregiudizio sofferto dalla singola società, oppure l'indicazione del vantaggio specifico, qualitativamente e quantitativamente determinato, assegnato alla società danneggiata.

---

mento soggettivo dell'illecito della capogruppo (il cui elemento oggettivo sarebbe costituito dalla violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale), la prova del quale incomberebbe allora all'attore (al socio o al creditore che agiscono in giudizio ai sensi dell'art. 2497, comma 1). Una siffatta interpretazione del frammento di norma in esame si lascia censurare anche sotto il profilo dell'effetto che sortisce, quello di aggravare enormemente l'onere probatorio gravante sulla parte attrice, risolvendosi in un disincentivo all'esperimento di un'azione già di per sé complessa e potenzialmente costosa. In ogni caso, il presupposto su cui tale controversa interpretazione si fonda appare erroneo, perché, anche a voler ammettere che la responsabilità disciplinata dall'art. 2497, comma 1, richieda la prova dell'elemento soggettivo (del comportamento del convenuto), tale elemento dovrebbe ravvisarsi semmai nella colpa (o nel dolo), non invece nel perseguimento di interessi imprenditoriali, che tutt'al più vale a connotare la condotta dell'agente in termini di egoismo o di cupidigia di denaro, ma non può assurgere a criterio soggettivo di imputazione di un illecito. L'opinione testé espressa sembra da ultimo essere condivisa da M. Maugeri, (nt. 26), 279.

35 L. Enriques, Hertig, Kanda, in Kraakmann et al., *The Anatomy of Corporate Law*[2], Oxford, 2009, 176; cfr. altresì Trib. Milano, 23 aprile 2008, in *Società*, 2009, 78.

36 Si può tuttavia ammettere che il socio convenga in giudizio la capogruppo assumendo che il vantaggio compensativo da essa attribuito alla società sottoposta è qualitativamente o quantitativamente disproporzionale al pregiudizio sofferto da quella stessa società: contestando cioè la violazione di quel principio di corretta gestione del gruppo societario, onde è imposto di neutralizzare i danni inferti attraverso una determinata politica di gruppo con corrispondenti vantaggi.

Se le fosse data la possibilità di scegliere fra l'una e l'altra strategia difensiva, la capogruppo "disinvolta e spregiudicata", convenuta in giudizio ex art. 2497, opterebbe verosimilmente per la prima, trincerandosi dietro i successi, su un piano generale ovvero con riferimento alla singola società, della politica di gruppo o sui vantaggi complessivi dell'appartenenza della società al gruppo, ed evitando di scendere in dettagli in merito alla comparazione fra pesi e vantaggi della politica di gruppo in rapporto alla singola società. È infatti sicuramente più facile e dunque meno costoso per il convenuto addurre e provare un dato assoluto (in ipotesi, il risultato complessivo di segno positivo), che non fornire la prova di un dato comparativo (del saldo zero tra un'operazione pregiudizievole ed un'altra di segno contrario).

Ciò vale a dire che, nella prospettiva, qui indicata a scopo puramente dialettico, di una "equipollenza" fra le due concezioni del vantaggio compensativo, la prima, quella che lo considera alla stregua di uno *standard*, avrebbe inevitabilmente il sopravvento e finirebbe con l'assorbire l'altra, realizzandosi così un risultato simile a quello dell'abrogazione implicita del frammento di norma che la prevede.

Altrimenti detto: a voler assecondare la prospettiva dell'ammissibilità, secondo il dettato normativo, del vantaggio compensativo in entrambe le sue versioni, l'applicazione in concreto della disposizione in esame condurrebbe al riconoscimento, da parte dei giudici, della liceità *tout court* di politiche di gruppo funzionali all'affermazione di un interesse di gruppo e capaci di promuovere un miglioramento complessivo dei risultati del gruppo, restando irrilevante il sacrificio della singola società. È questo l'esito interpretativo che adombravo – *rectius*, paventavo –, anni fa, sulla base di una lettura "a caldo" della disciplina appena emanata[37], e che mi sembra oggi di poter rifiutare, a seguito di una riflessione più approfondita.

8. Un esito siffatto sembra in vero urtare contro un argomento di carattere sistematico, tutt'altro che facile da superare.

L'art. 2497 c.c. è norma delegata rispetto alla legge n. 366/2001, contenente "delega al governo per la riforma del diritto societario": come tale, va interpretata alla luce dei principi di diritto contenuti nella legge di delega, ed in particolare, per quanto qui specificamente interessa, nell'art. 10, intitolato ai "gruppi".

Ora, l'art. 10, comma 1, lettera a) enuncia il principio onde è imposto al soggetto esercente l'attività di direzione e coordinamento di contemperare "adeguatamente l'in-

[37] G. Scognamiglio, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in G. Scognamiglio, (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società,* Giuffrè, Milano, 2003, 188 ss., 197-198, 201; ma v. anche, a conferma delle preferenze interpretative anche iniziali, qui meglio sviluppate, della medesima autrice, Ead., *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, in *Rass. giur. en. el.*, 2003, 161 ss., 167, nt. 8; Ead., *I gruppi e la riforma del diritto societario*, in *Riv. pol. ec.*, 2002, 253 ss.

teresse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime". Il principio di adeguato contemperamento degli interessi si fonda a sua volta sul principio, implicitamente ma inequivocabilmente ribadito dalla riforma (e presente in tutto l'ordinamento, anche al di fuori del codice civile, e così per esempio nella legislazione in materia di crisi dell'impresa: basti pensare al trattamento del gruppo di società nell'amministrazione straordinaria, artt. 80 ss. d. lgs. n. 270/1999; art. 4-bis, comma 2, d. l. n. 347/2003, conv. in l. n. 39/2004), di separatezza e reciproca autonomia delle società del gruppo, riconosciute come titolari ciascuna di un proprio interesse, da contemperare con quello delle altre e con quello del gruppo nel suo insieme.

Discende da questi principi il corollario che la politica di gruppo, se può spingersi fino a realizzare operazioni che avvantaggiano in misura diseguale le diverse società del gruppo o che incrementano il risultato economico dell'una in misura maggiore rispetto a quello delle altre, non può non trovare un limite nell'imposizione ad una o più società di un pregiudizio (da intendere, è ovvio, sia come danno emergente, sia come lucro cessante) non compensato da un vantaggio effettivo, certo[38], dimostrabile e proporzionato al pregiudizio, ossia almeno equivalente ad esso: imposizione che contraddirebbe, scardinandolo, il principio o criterio generale del contemperamento degli interessi facenti capo alle diverse società del gruppo e ai rispettivi *stakeholders,* alla stregua del quale si vuole che dette società, pur partecipi del modello organizzativo della direzione e coordinamento, si preservino come "autonomi centri di profitto", più precisamente conservino le rispettive capacità di produzione di reddito e di esistenza autonoma sul mercato, oltre che, nell'interesse dei creditori, l'integrità dei rispettivi patrimoni.

Riepilogando: il principio del contemperamento degli interessi delle singole società del gruppo implica la salvaguardia della loro reciproca autonomia, che a sua volta postula che si conservino nel tempo integri i rispettivi patrimoni e la capacità

[38] "Certo" significa già corrisposto ovvero corrisposto contestualmente all'imposizione della direttiva pregiudizievole; il vantaggio compensativo è certo anche quando la capogruppo abbia, contestualmente al fatto dannoso, assunto in maniera diretta, ovvero indirettamente (per es. tramite promessa del fatto del terzo, che potrebbe essere una diversa società del gruppo), nei confronti della società danneggiata, l'obbligo di corrisponderlo, obbligo che non potrà che essere ancorato ad un determinato termine di scadenza. In questi termini deve essere a mio avviso interpretato il riferimento ai vantaggi "fondatamente prevedibili" contenuto nell'art. 2634, comma 3, c.c., sul reato di infedeltà patrimoniale degli amministratori di società: sulla base di tale premessa ermeneutica, dovrebbe sostenersi l'identità dei presupposti dell'illecito penale di cui alla citata disposizione e della responsabilità civile *ex* art. 2497: tesi, questa, non incontroversa, ma confortata dall'autorevole avallo di alcune decisioni della Cassazione penale (cfr. Cass., sez. V pen., 23.06.2003 n. 38110; sez. I pen., 24.06.2004, n. 30546; vedi anche U. Tombari, *Diritto dei gruppi di imprese*, [nt. 10], 42 s.). Secondo una diversa interpretazione del rapporto tra la disciplina penalistica e quella civilistica della responsabilità nell'ambito dei gruppi, la responsabilità penale sorgerebbe (come *extrema ratio*) soltanto quando l'attribuzione di un vantaggio compensativo, lungi dall'essere certa, non rientra neppure nel raggio di una ragionevole previsione rivolta al futuro.

di ciascuna di fungere da centro di produzione di un flusso finanziario. Quel principio, accolto dalla legge delega, non può non ispirare altresì la norma delegata ed offrire pertanto il criterio per l'interpretazione della stessa, in caso di ambiguità del suo tenore letterale. Alla sua stregua, pertanto, il disposto dell'art, 2497, comma 1, ultimo periodo, deve leggersi nel senso che la responsabilità non sussiste qualora il danno venga eliso mediante l'attribuzione di un congruo vantaggio compensativo, specificamente tarato sul pregiudizio contestualmente inferto a una determinata società del gruppo, oppure risulti comunque mancante in base al computo complessivo dei vantaggi e degli oneri della politica di gruppo, calcolati con riferimento a quella stessa società.

9. L'interpretazione, che si è testé esposta[39], della "teoria dei vantaggi compensativi" secondo la legge di riforma delle società registra, nella nostra dottrina successiva al 2003, diverse adesioni, ma sembra ancora lontana dal riscuotere un consenso unanime.

La critica alla concezione "rigorosa" dei vantaggi compensativi e all'opinione secondo la quale il disposto dell'art. 2497 c.c. andrebbe letto in termini di *rule* piuttosto che di *standard* scaturisce sovente dal rilievo di eccessiva, ragionieristica rigidità[40], e perciò di incompatibilità della predetta concezione con la logica e le dinamiche di quel modello peculiare di organizzazione e di gestione dell'impresa, che denominiamo "direzione e coordinamento" di un gruppo di società.

In proposito, va ribadito che l'argomento sistematico e il richiamo ai principi giuridici enunciati nella norma di delega giustificano un'interpretazione del dato letterale (in particolare, del riferimento al risultato "complessivo" dell'attività) in senso restrittivo, e cioè nel senso di escludere l'efficacia esimente di vantaggi compensativi che non siano effettivi e proporzionati al danno cagionato da una determinata operazione pregiudizievole, nonché l'efficacia esimente del saldo genericamente positivo dell'attività di direzione e coordinamento nel suo complesso: il risultato complessivamente positivo, se riferito al gruppo nel suo insieme, è un dato di per sé vago, insufficiente a provare che sia stato preservato l'interesse economico-patrimoniale della singola società.

[39] Conf., tra gli altri, R. Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.,* 2003, I, 661 ss., 673 s.; da ultimo, parrebbe – se bene intendo – orientato nel medesimo senso M. Maugeri, (nt. 15), 344, nt. 139;

[40] Cfr. P. Ferro Luzzi, *Riflessioni sul gruppo (non creditizio)*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 14 ss., 24 ss.; anche C. Angelici, (nt. 10), 197, esclude che si debba operare una "analitica compensazione tra partite attive e passive" e postula invece "una valutazione globale, quindi *sintetica,* della complessiva attività" (enfasi dell'autore). Cfr. pure, sulla stessa linea interpretativa, B. Libonati, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009, 474 s.

Si pensi all'ipotesi della società assicuratrice di gruppo, indotta dal soggetto esercente la direzione e coordinamento a prestare i propri servizi assicurativi a tutte le società del gruppo, a prezzi largamente inferiori a quelli di mercato: in un'ipotesi siffatta, può ben succedere che il vantaggio complessivamente conseguito dalle società fruitrici dei servizi assicurativi a condizioni di favore sia quantitativamente superiore al sacrificio subìto dalla società assicuratrice "captive" del gruppo; ma è del tutto plausibile che ciò non basti a salvare l'assicuratrice da un più o meno rapido deterioramento del suo conto economico e poi del suo stato patrimoniale, fino a quando non intervenga, in funzione riequilibratrice, l'attribuzione ad essa di un vantaggio corrispondente alla diminuzione patrimoniale patita per effetto della descritta politica di gruppo.

È probabilmente fondata la supposizione che, alla base della posizione critica qui discussa vi sia l'idea, talora più intuita che argomentata, secondo la quale la concezione "ragionieristica" dei vantaggi compensativi sarebbe del tutto estranea al (o comunque logicamente e funzionalmente incompatibile con il) criterio o principio della discrezionalità imprenditoriale, il quale dovrebbe presiedere ad ogni attività di gestione dell'impresa: dunque, secondo le premesse di vertice qui condivise, anche alla "direzione e coordinamento" di un gruppo di società.

L'argomento, tuttavia, prova troppo.

Si è detto poc'anzi che tra i principi di diritto scolpiti nell'art. 2497 vi è quello della (presunzione di) legittimità dell'attività di direzione e coordinamento del gruppo, fino a quando non si dimostri la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. In questo senso, si è detto, il principio di discrezionalità dell'attività gestionale (*Business Judgement Rule*) è stato riconosciuto dalla riforma anche con riferimento a quella peculiare attività di gestionale che investe il gruppo delle società eterodirette e fa capo al soggetto esercente l'attività di direzione e coordinamento. Tuttavia, come ci insegna la dottrina di quei paesi in cui la BJR è stata particolarmente studiata ed approfondita, la discrezionalità delle gestione imprenditoriale incontra un limite nelle situazioni di conflitto di interessi: in queste situazioni, essa cede il passo all'obbligo del gestore, se convenuto in giudizio, di dimostrare la *fairness* o, in termini ancora più rigorosi, la *entire fairness* dell'operazione posta in essere.

Intendo cioè sostenere che il vantaggio compensativo (*rectius*, il principio onde è imposto il ristoro, mediante attribuzione di un vantaggio compensativo, dei pregiudizi derivanti alla singola società dal dispiegarsi di politiche di gruppo) riveste, nel contesto normativo considerato, la funzione di limite alla discrezionalità della gestione imprenditoriale della capogruppo, di antidoto al potere della medesima, in una situazione caratterizzata – come si è detto – da conflitti di interessi di carattere sistematico, direi quasi endemico, e perciò dall'esigenza di offrire, a contrappeso di quel potere, tutela agli interessi "altri" rispetto a quelli che in esso trovano espressione.

Questa considerazione vale a corroborare l'assunto secondo cui il vantaggio deve essere effettivo, certo e proporzionato e a rintuzzare, perciò, l'opinione critica dianzi ricordata: se il vantaggio compensativo rileva funzionalmente come limite alla discrezionalità della capogruppo (in un contesto in cui è d'uopo tener conto della distinzione e reciproca autonomia delle sfere patrimoniali e d'interessi tra le diverse società, e cioè dei conflitti d'interessi fra le stesse[41]), non sarebbe logico né sensato che si aprisse un nuovo ed ulteriore spazio a tale discrezionalità nella determinazione della qualità e quantità, in una parola della consistenza, del limite stesso. Il limite ad un potere discrezionale non può essere fissato, a sua discrezione, dalla stessa entità a cui il potere fa capo; per non perdere efficacia, deve soggiacere a parametri oggettivi, come la proporzione quantitativa rispetto al pregiudizio arrecato e la certezza (materiale o per lo meno giuridica) del suo conseguimento.

Dunque, l'argomento sistematico, il richiamo ai principi che presiedono alla disciplina e la valutazione comparativa degli interessi in gioco corroborano l'interpretazione proposta, anche se questa comporta una lieve forzatura del dato testuale: in particolare, alla stregua della considerazioni sin qui svolte, il riferimento al "risultato

[41] La consapevolezza della centralità, nella disciplina apprestata per la direzione e coordinamento di società dall'art. 2497, comma 1, dell'elemento del conflitto di interessi ha ispirato gli autori di recenti studi, rispettivamente dedicati alle società che adottano la tecnica organizzativa dei patrimoni separati (R. Santagata, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, Torino, 2008, 104 ss., 257 ss.; G. Guizzi, *Patrimoni separati e gruppi di società. Articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 639 ss., 653 s.) e alle società emittenti azioni correlate ex art. 2350, commi 2 e 3 c.c. (P. F. Mondini, *Le azioni correlate*, Milano, 2009, 174 ss.), orientandoli nel senso di ritenere applicabile in siffatti contesti, pure caratterizzati da conflitti d'interessi, la disciplina suddetta. Non è in questa sede possibile andare al di là di un cenno a tali complesse questioni. Osservo tuttavia che la disciplina dettata dal codice civile, rispettivamente, per i patrimoni separati e per le azioni correlate, contiene norme dirette a risolvere i principali conflitti d'interessi che possono scaturire (fra le diverse serie di creditori o fra i diversi gruppi di soci) dall'adozione dell'una o dell'altra tecnica di finanziamento dell'impresa: dunque, il legislatore si è rappresentato i conflitti d'interessi a cui patrimoni destinati e azioni correlate possono dar luogo e ha cercato di dettare una disciplina al riguardo, senza richiamare quella, pur coeva, della direzione e coordinamento di società. D'altra parte, le ricordate teorie sembrano trascurare la peculiarità del modello organizzativo (la direzione e coordinamento di società) a cui si attaglia la disciplina della responsabilità per i danni non controbilanciati da vantaggi compensativi equivalenti; peculiarità che rendono quella disciplina non facilmente trapiantabile in un terreno in cui i conflitti sono tutti interni alla medesima società (e si determinano fra diversi gruppi di creditori o fra diverse categorie di soci della stessa). Infine, ci si può domandare se davvero, a volerla ritenere applicabile, la disciplina degli artt. 2497 e segg. c.c. possa risultare funzionale alla tutela degli interessi potenzialmente pregiudicati; o se non sia all'uopo da far ricorso ad altre regole, e così, per esempio: nel caso delle azioni correlate, all'obbligo della società e dei suoi amministratori di rispettare le regole statutarie in punto di imputazione dei costi e dei ricavi al settore e di diritti degli azionisti correlati al settore (con la conseguente responsabilità nell'ipotesi di inosservanza di dette regole); nel caso dei patrimoni destinati, alla responsabilità della società e dei suoi amministratori per l'ipotesi di violazione delle regole che presiedono alla separatezza o segregazione patrimoniale e tutelano perciò il patrimonio separato a vantaggio dei creditori del medesimo nei confronti dei creditori della società (responsabilità per violazione degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità ed al mantenimento dell'autonomia del patrimonio separato).

complessivo" dell'attività di direzione e coordinamento, nell'ultimo periodo dell'art. 2497, comma 1, va inteso nel senso che il vantaggio compensativo, per assumere rilievo ai fini di detta disposizione, può scaturire non soltanto da un'operazione specificamente diretta al ristoro del danno inferto alla singola società (è la seconda delle ipotesi contemplate dalla disposizione in esame), ma anche da altra o da una serie di altre operazioni, parimenti programmate e poste in essere dalla capogruppo nell'ambito della strategia di direzione e coordinamento da essa attuata, a condizione che il saldo complessivo delle stesse, *calcolato con riferimento alla singola società* ed al suo patrimonio, risulti di segno positivo[42].

Il riferimento, poi, al conflitto d'interessi tipico dei gruppi societari come fondamento e spiegazione dell'esigenza di compensazioni effettive e non meramente virtuali contribuisce a definire i confini e i contenuti del pregiudizio e dell'operazione pregiudizievole, a cui si attaglia la disciplina della neutralizzazione mediante il riconoscimento di un vantaggio compensativo, dettata dall'art. 2497, comma 1. Si tratta di quelle operazioni che comportano, direttamente o indirettamente, uno spostamento di risorse da una società all'altra del gruppo: è in questo caso infatti [e non per es. in quello della direttiva antieconomica fine a se stessa, o della direttiva che comporta uno spostamento di risorse a favore di soggetti privati (amministratori dell'ente o società capogruppo e loro familiari o società possedute dai loro familiari) e cioè, per usare il lessico degli economisti, l'estrazione privata dei benefici del controllo] che la capogruppo potrà in concreto attingere, dall'incremento di valore che si realizza in un'altra società del gruppo in conseguenza del sacrificio inferto alla destinataria delle direttive pregiudizievoli, le risorse necessarie per corrispondere a quest'ultima un vantaggio compensativo del sacrificio sofferto.

10. L'estrazione dal disposto dell'art. 2497, comma 1, dei principi giuridici in esso contenuti, è esercizio utile alla soluzione di talune questioni interpretative, che hanno agitato e diviso la dottrina in questi primi anni di vigenza della disciplina della direzione e coordinamento di società, e che attengono all'ambito soggettivo di applicazione della medesima.

In particolare, si è discusso se detta disciplina trovi applicazione (a) nei confronti della persona fisica[43]; (b) nei confronti degli enti pubblici e dello Stato, quando

[42] Cfr. ad es. V. Cariello, (nt. 18), 1247.

[43] La discussione al riguardo, iniziata già all'indomani della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale del d. lgs. n. 6/2003, trovò subito un terreno fertile, poiché la fattispecie della *holding* persona fisica a capo di un gruppo di società, diffusa nella realtà economica del nostro Paese, aveva da tempo riscosso l'attenzione della giurisprudenza pratica e di quella teorica. In particolare, si erano avuti prima del 2003, ed altri sarebbero seguiti negli anni a venire, numerosi interventi sul problema specifico dell'applicabilità a tale

esercitano attività di direzione e coordinamento di una pluralità di società: la questione munita di particolare rilevanza pratica al riguardo è se l'azione di responsabilità "da direzione e coordinamento" possa essere esperita (anche) avverso la persona fisica o l'ente pubblico.

(a) Letteralmente, com'è noto, l'*incipit* della disposizione fa riferimento agli "enti" e alle "società", che esercitano attività di direzione e coordinamento: alla stregua del tenore testuale della norma, la persona fisica sembra dunque estranea al novero dei soggetti a cui essa si applica.

L'assunto pare corroborato dalle lettura dei lavori preparatori, dalla quale si evince che il testo attuale ha sostituito una precedente versione della norma, in cui il soggetto passivo dell'eventuale azione di responsabilità veniva individuato in "chi" esercita l'attività di direzione e coordinamento: l'uso del pronome generico "chi" legittimava sicuramente un'interpretazione ampia dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina; interpretazione che aveva suscitato tuttavia, negli ambienti imprenditoriali interessati, preoccupazioni e remore tali da indurre ad una revisione del testo, nel convincimento che la surroga del "chi" con la più specifica previsione relativa agli enti e alle società fosse necessaria, ed anche sufficiente, a scongiurare il coinvolgimento nella responsabilità delle persone fisiche a cui fa capo il controllo di una pluralità di società, secondo lo schema del gruppo "a catena", ovvero secondo il modello del gruppo "a raggiera"[44].

Non è sembrata tuttavia ai più ragionevole e sostenibile una soluzione esegetica tale da sottrarre il socio di controllo, o comunque la persona fisica posta al vertice della catena dei controlli, da ogni responsabilità per le eventuali interferenze nella gestione delle società sottoposte a direzione e coordinamento; per cui è andata acquistando consensi la tesi secondo la quale la persona fisica, se esclusa dalla responsabilità ai sensi del comma 1 dell'art. 2497 c.c. (perché testualmente non riconducibile alla nozione di ente o a quella di società), ne potrebbe essere investita in via solidale ai sensi del comma 2, e cioè come partecipe, a titolo di concorso, del fatto

fattispecie, delle procedure concorsuali (di fallimento o di amministrazione straordinaria, allora "per estensione" della procedura alla quale siano state sottoposte le società controllate); problema che coinvolgeva – e coinvolge – quello relativo alla qualificazione della *holding* persona fisica come imprenditore, e segnatamente come imprenditore commerciale. La letteratura al riguardo è assai vasta (a conferma della considerazione che il problema riscuote, anche per effetto – evidentemente – della diffusione del fenomeno nella realtà empirica e della relativa frequenza, perciò, con la quale viene sottoposto all'esame dei tribunali): vedi di recente, anche per i richiami, M. Prestipino, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, 105 ss.; A. Penta, *La fallibilità dell'*holder *persona fisica,* in *Fallimento*, 2009, 169 ss.

[44] Analizza partitamente, con riferimento al problema di cui si discorre nel testo, i due schemi o modelli di gruppo M. Prestipino, (nt. 43), 113 ss. e 118 ss.

lesivo; in ogni caso la persona fisica potrebbe essere chiamata a rispondere, ma solo nei limiti del vantaggio conseguito, per aver tratto consapevolmente vantaggio dall'altrui esercizio di un'attività di direzione e coordinamento.

Chi ha suggerito un siffatto percorso argomentativo non si è probabilmente avveduto di ciò, che l'affermazione della responsabilità della persona fisica – in ipotesi: socia di maggioranza della *holding* capogruppo – a titolo di concorso con quest'ultima, ovvero nella qualità di destinatario dei vantaggi dell'attività di direzione e coordinamento da questa svolta, è suscettibile di scuotere il principio di responsabilità limitata del socio in maniera più intensa della diretta applicazione alla persona fisica della disciplina contenuta nell'art. 2497: il comma 2 dell'art. 2498 coinvolge infatti nella responsabilità, con vincolo di solidarietà rispetto all'esercente l'attività di direzione e coordinamento, chiunque abbia preso parte al fatto lesivo, con formulazione ben più ampia, per esempio, di quella che si rinviene nell'art. 2476, comma 7, dove la responsabilità del socio è affermata sul presupposto dell'intenzionale condizionamento, da parte sua, dell'attività gestoria degli amministratori, sì da indurli a prendere decisioni o a porre in essere atti dannosi per la società.

In ogni caso (ed è questo, forse, l'argomento decisivo avverso la riferita lettura dell'art. 2497, comma 1), se la norma, come si è sopra sostenuto, fissa il principio del riconoscimento dell'attività di direzione e coordinamento come legittima esplicazione dell'iniziativa economica privata, l'interpretazione della stessa nel senso che una siffatta manifestazione dell'iniziativa privata sia preclusa a soggetti diversi dalle società e dagli enti si espone al rilievo dell'incompatibilità con i principi costituzionali, in particolare con quelli di uguaglianza e di libertà dell'iniziativa economica privata (artt. 3 e 41 Cost.)[45].

[45] Sul rilievo di incostituzionalità della disposizione in esame, se interpretata nel senso di escludere la sua applicabilità alla persona fisica capogruppo, vedi – fra gli altri – G. Guizzi, (nt. 41), 654. Taluni motivano il dubbio di incostituzionalità facendo capo alla lesione di un asserito diritto o interesse dei (soci e creditori sociali) danneggiati dalla eterodirezione della società alla parità di trattamento nel ristoro del pregiudizio subito. L'argomento, tuttavia, non è concludente o forse prova troppo: se, dal punto di vista empirico, non si può negare che tutti i danneggiati sono accomunati dal medesimo interesse a ricevere dall'agente il risarcimento del danno subito, è anche vero che ad alcuni il risarcimento potrebbe non spettare, in virtù delle scelte compiute dal legislatore sulla base della comparazione e reciproca ponderazione dei diversi in gioco, per esempio perché rispetto a determinare categorie di agenti il comportamento è scriminato, ovvero si reputa che determinati tipi di agenti siano strutturalmente incapaci di porre in essere un determinato tipo di comportamento produttivo di danno, e così via.
Altri autori argomentano il medesimo rilievo di incostituzionalità muovendo dalla prospettiva dei soggetti danneggiati, e cioè eccependo la disuguaglianza di trattamento fra danneggiati da un medesimo tipo di comportamento (l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento), a seconda che sia posto in essere da un ente collettivo o da un individuo. In tal modo si dà a mio avviso per dimostrato ciò che costituisce il *thema probandum*, e cioè che l'esercizio di attività di direzione e coordinamento da parte di una persona fisica è legittimo ed è equiparato *quoad effectum* all'esercizio della medesima attività da parte di un ente: per questo nel testo si è preferito argomentare muovendo dalla prospettiva dell'esercizio di attività di d. e c.

L'esatta individuazione del principio espresso dal comma 1 dell'art. 2497 suggerisce dunque, ed anzi a mio avviso impone, l'adozione di un canone di interpretazione estensiva della disposizione: nel senso di ritenerla applicabile anche alla persona fisica che eserciti un'attività di direzione e coordinamento di una pluralità di società. Ciò che rende diversa tale fattispecie rispetto a quella testualmente prevista (esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte di società ed enti) è la circostanza di mero fatto per cui, rispetto alla persona fisica, è più difficile, in base ai dati offerti dalla realtà empirica, che l'interferenza o l'influenza sulla gestione della società controllata si sollevi al piano dello (e si inscriva nello) esercizio programmatico di un'attività, intesa come serie di atti teleologicamente orientati; o per lo meno è più difficile che di un siffatto programma di attività si abbia un'evidenza esterna, quale può essere costituita, nel caso della società o dell'ente dalla dichiarazione statutaria – nell'apposita clausola – di un determinato oggetto sociale, che ben può consistere – come ormai è acquisito, a seguito della introduzione nel codice civile del capo IX del libro V – nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento delle società partecipate ovvero partecipi di un accordo di direzione e coordinamento; così come, ancora, è più difficile che si abbia un'adeguata documentazione delle strategie gestionali di gruppo che la persona fisica capogruppo intende attuare e si tenga un'adeguata contabilità degli eventuali danni e dei relativi vantaggi compensativi, con la conseguenza che sarebbe probabilmente molto complicata altresì la fruizione del "privilegio del gruppo" che, come si è constatato, l'art. 2497 comma 1 ricollega all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Le difficoltà sopra accennate non sarebbero tuttavia, in punto di fatto, insuperabili. Potrebbe per esempio darsi il caso di una persona fisica che pone in essere una dichiarazione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, accompagnata dalla corrispondente dichiarazione delle società controllate di soggezione a siffatta attività. Non si vuole sostenere che detta "dichiarazione" sia necessaria ad integrare la fattispecie che funge da presupposto della responsabilità ex art. 2497: come è stato da tutti riconosciuto, la responsabilità si collega al fatto dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, indipendentemente da qualunque manifestazione di volontà per contratto o per atto unilaterale. Si assume invece la possibilità che la persona fisica compia, attraverso la ipotetica dichiarazione o altrimenti, una scelta organizzativa capace di dare all'influenza sulla gestione di una o più società partecipate la consistenza e lo spessore dell'esercizio di un'attività orientata al perseguimento di interessi imprenditoriali attraverso strategie definite e ben articolate: è a questa scelta organizzativa che si collega l'imposizione di obblighi di corretta gestione so-

come esplicazione della libertà di iniziativa economica, costituzionalmente garantita ai privati dall'art. 41 Cost.

cietaria e imprenditoriale e si accompagna altresì il riconoscimento della discrezionalità tipicamente richiesta dalla gestione di un'impresa, attraverso la possibilità, a cui ha riguardo il comma 1, ultima parte, dell'art. 2497 c.c., di infliggere danni se questi vengono riequilibrati con l'attribuzione di vantaggi equivalenti.

Se dunque in punto di fatto è possibile che la persona fisica organizzi la propria influenza su una pluralità di società in ipotesi partecipate, in modo da farle assumere la consistenza di un'attività di direzione e coordinamento delle stesse, la disciplina applicabile a tale fattispecie non può essere diversa da quella prevista per l'attività di direzione e coordinamento imputata a figure soggettive diverse (dalla persona fisica): dunque, responsabilità per la violazione dei canoni della correttezza gestionale societaria ed imprenditoriali nel perseguimento di una politica di gruppo; al tempo stesso, possibilità di perseguire una siffatta politica, attraverso direttive anche pregiudizievoli, a condizione dell'attribuzione alla società danneggiata di un vantaggio compensativo del pregiudizio.

Una siffatta lettura, costituzionalmente orientata, dell'art. 2497, comma 1, s'impone, a mio avviso, anche perché l'argomento testuale evocato a fondamento dell'opposta interpretazione è debole: basti considerare che nelle disposizioni del capo IX successive all'art. 2497 è ancora presente, in più luoghi (cfr. art. 2497-bis, comma 5; art. 2497-quater, comma 1, lettera *b*; art. 2497-quinquies), il riferimento indeterminato a "chi" esercita attività di direzione e coordinamento, la cui espunzione dal testo dell'art. 2497, comma 1, avrebbe dovuto, nelle intenzioni del legislatore storico, valere ad espellere la persona fisica dall'ambito di applicazione della disciplina della direzione e coordinamento di società. Il difetto di coordinamento redazionale fornisce testimonianza di una volontà per lo meno incerta del legislatore storico, togliendo perciò peso all'argomento fondato su detta volontà e debolmente confortato dalla modifica testuale intervenuta, come si ricordava per un emendamento dell'ultima ora, nell'*incipit* dell'art. 2497, comma 1.

Un corollario delle riflessioni fin qui svolte è la perdita di interesse, pratico e sistematico, della questione, che tanti dubbi e discussioni aveva sollevato in passato, culminati nella ricordata sentenza "Caltagirone" (Cass. 26.02.1990, n. 1439), se alla persona fisica, che sia socio di controllo di una pluralità di società, possa riconoscersi la qualifica di imprenditore – capogruppo; questione che, per converso, veniva risolta comunque in senso positivo se il socio di controllo era a sua volta una società.

Alla stregua della nuova disciplina, ciò che occorre domandarsi, in un caso e nell'altro, non è se e a quali condizioni sia possibile ravvisare un'attività d'impresa ai sensi degli artt. 2082 e 2195 c.c. (e la corrispondente qualifica del soggetto che la esercita), bensì se vi sia esercizio di un'attività di direzione e coordinamento orientata al perseguimento di interessi imprenditoriali. Altrimenti detto, l'imprenditore individuale capogruppo che, secondo la precedente impostazione, poteva sfuggire all'applicazione di determinate discipline (*i.e.*: quella sull'estensione dell'a.s.) per la difficoltà di cucirgli addosso la qualifica

d'imprenditore, in base alla disciplina oggi vigente può essere, al pari delle società e degli enti, soggetto passivo della responsabilità da direzione e coordinamento se opera come capogruppo, senza osservare le regole di comportamento del "buon capogruppo"; il che non esclude la possibilità di coinvolgimento della persona fisica – che non eserciti in proprio attività di d. e c. – nella responsabilità per concorso nel fatto lesivo posto in essere da chi, in un determinato contesto, quell'attività eserciti.

11. b) La discussione relativa all'applicabilità della disciplina in punto di direzione e coordinamento di società ad enti diversi da quelli privati ha provocato, com'è noto, un recente intervento del legislatore, d'interpretazione autentica del disposto dell'art. 2497 (art. 19, comma 6, d. l. n. 78/2009, convertito in l. n. 102/2009). Alla stregua di detta disposizione, per "enti" ai sensi dell'art. 2497 *s*'intendono "i soggetti giuridici collettivi diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale, ovvero per finalità di natura economica o finanziaria".

Com'è noto, già all'indomani della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del d. lgs. n. 6/2003, si era accesa fra gli interpreti[46] la discussione sul punto se la speciale disciplina della responsabilità del soggetto capogruppo si applicasse all'ente pubblico detentore di partecipazioni di controllo in una pluralità di società (fattispecie che, com'è noto, riveste nel nostro Paese una rilevante importanza pratica, in considerazione della sua diffusione nella realtà empirica).

Ora, dalla citata disposizione d'interpretazione autentica, si possono ricavare argomenti nel senso che gli enti pubblici – diversi dallo Stato – rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2497, se ed in quanto le partecipazioni nelle società controllate siano da essi detenute in via strumentale all'esercizio di un'attività imprenditoriale, ovvero per finalità di carattere economico-finanziario.

La medesima disposizione sancisce, in termini almeno apparentemente univoci[47], l'estraneità dello Stato all'ambito di applicazione della disciplina dettata dall'art. 2497.

[46] Cfr., fra i diversi interventi in detta discussione, quelli di A. Guaccero, *Alcuni spunti in tema di* governance *delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 842 ss.; G. Romagnoli, *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici,* in NGCC, 2004, II, 214 ss.; C. Ibba, *Società pubbliche e riforma del diritto societario,* in *Riv. soc.*, 2005, 6 ss.; P. Montalenti, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, ibidem, 317 ss., 335 s.; M.T. Cirenei, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana della s.p.a. a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 52 s.; A. Caprara, *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico,* in *Soc.*, 2008, 557 ss.

[47] Cfr. V. Cariello, *Brevi note sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, comma 1, comma 1, c.c.*, in *Riv. dir. civ.,* 2010, I, 343 ss.; U. Tombari, [nt. 10], 44 s. "prende atto" della soluzione definitiva, in senso negativo, del problema della soggezione dello Stato alla responsabilità da direzione e coordinamento; su posizione analoga P. Montalenti, (nt. 4), 1054 ss.

Secondo la lettura, che allo stato sembra maggiormente accreditata, di detta disposizione, essa sarebbe da intendere come norma di esonero dello Stato dalla responsabilità per i danni inferti ai soci ed ai creditori delle società etero dirette, sancita nel comma 1 dell'art. 2497. Il dubbio che in proposito la dottrina ha sollevato si riduce esclusivamente alla questione, se la norma di esonero riguardi soltanto lo Stato, o anche gli enti territoriali (regioni, province, comuni)[48], in ipotesi detentori di partecipazioni sociali rilevanti.

Così interpretata, la disposizione ricordata all'inizio del presente paragrafo è stata ed è oggetto di meritate critiche: essa infatti, sottraendo lo Stato all'azione di responsabilità da esercizio scorretto, e perciò abusivo, dell'attività di direzione e coordinamento delle società partecipate, varrebbe ad istituire per esso un regime di privilegio ingiustificato, tale da mettere duramente a repentaglio la stessa tenuta costituzionale del disposto dell'art. 2497 c.c.

È mia opinione tuttavia che sia possibile proporre (andando anche in questo caso al di là di quello che è stato, molto verosimilmente, l'intento specifico del legislatore "storico") una diversa lettura del combinato disposto dell'art. 2497 c.c. e dell'art. 19, comma 6, cit. Suggerisco di muovere ancora una volta dalla corretta identificazione dei principi espressi dalla disciplina codicistica; principi che, per quanto sopra osservato ed argomentato, non si esauriscono nella mera affermazione della responsabilità (da esercizio scorretto dell'attività di direzione e coordinamento).

L'art. 2497 fissa infatti – ricordiamolo ancora una volta – il principio che l'esercente attività di direzione e coordinamento incorre in responsabilità se il danno inferto ad una delle società sottoposte, che rifluisca in una diminuzione del valore e della redditività delle azioni o quote della stessa, o in una lesione dell'integrità del suo patrimonio, non è compensato da corrispondenti vantaggi, posto che la discrezionalità imprenditoriale di cui è investito gli consente di adottare scelte pregiudizievoli per una determinata articolazione soggettiva del gruppo a condizione e sul presupposto che il pregiudizio venga compensato da un'attribuzione patrimoniale in senso inverso.

È questa, allora, la regola che non trova applicazione nei riguardi dello Stato[49]: non gli è riconosciuta la legittimazione ad esercitare attività di direzione e coordina-

[48] In tal senso si sono espressi Tombari, Montalenti, ed in generale la dottrina che ha ritenuto di dover professare un'interpretazione in senso letterale della disposizione esaminata nel testo. *Adde* A. Maltoni, M. Palmieri, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle s.p.a. ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. amm.*, 2009, 267 ss., 375 ss.; F. Fimmanò, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività* (parte II), in NDS, n. 17/2011, 20 ss., 42 ss., secondo il quale, a fronte del disposto dell'art. 19, comma 6, d. l. n. 78/2009, sarebbe il caso di operare comunque dei distinguo a seconda del tipo di attività esercitata dall'ente, della sua posizione nel mercato, ecc.

[49] Non dissimile la soluzione interpretativa proposta da M. Carlizzi, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici,* in *Riv. dir. comm.,* 2010, I, 1177 ss., sulla base tuttavia di un assunto di fondo non coincidente con quello qui adottato, e precisamente dell'assunto che la direzione e coordinamento, così

mento, avvalendosi di quell'estesa discrezionalità che consente, alle società e agli enti che esercitano detta attività ai sensi dell'art. 2497, di predisporre e attuare, nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, politiche di gruppo pregiudizievoli per una o alcune delle società sottoposte, a condizione che il pregiudizio venga compensato. Non gli è riconosciuta, in altri termini, la legittimazione ad assumere in via diretta, e cioè in proprio, il ruolo e la veste di "capogruppo". Altrimenti detto: per lo svolgimento di tale attività – di capogruppo – nei confronti delle società partecipate, e dunque per l'assoggettamento delle stesse a direzione e coordinamento secondo il modello prefigurato nell'art. 2497, lo Stato deve avvalersi di enti o società "intermedi" – fra se stesso e le società partecipate – in funzione di *holding*.

Alla stregua dell'interpretazione qui suggerita, lo Stato risponde, secondo i principi generali in materia di illecito, per le eventuali interferenze pregiudizievoli nella gestione delle società partecipate: è dunque esclusa qualunque situazione di "privilegio" – nel senso di esenzione dal diritto comune della responsabilità civile – a suo favore.

Non gli si applica, per converso, il disposto dell'art. 2497: non nel senso di un esonero dai principi di corretta gestione e dalla conseguente responsabilità, bensì nel senso della esclusione della possibilità di avvalersi dello specifico modello organizzativo, più volte richiamato nel corso di questo scritto.

Potrebbe trattarsi di una scelta ragionevole, la cui *ratio* andrebbe individuata nella difficoltà di concepire lo Stato, ente politico a carattere generale, a cui fa capo l'elaborazione delle politiche riguardanti l'intera collettività, come soggetto impegnato, sul ponte di comando dell'insieme o dei diversi insiemi di società partecipate, ad elaborare politiche di gruppo relative a detti insiemi e tese alla massimizzazione del risultato complessivo del gruppo (di ciascun gruppo), sia pure con il temperamento dell'obbligo di compensare i danni eventualmente arrecati all'una o all'altra società.

Del resto, l'attività di "capogruppo" non è l'unico tipo di iniziativa economica da cui lo Stato è escluso: basti pensare a tutte le attività economiche (bancaria, assicurativa, di prestazione di servizi di investimento) per le quali la legge prevede l'esercizio esclusivamente da parte di società.

Se le considerazioni che precedono risultassero condivisibili, si potrebbe ulteriormente osservare che la disposizione in esame contribuisce a definire, in via di inter-

come disciplinata dall'art. 2497 c.c., si risolva in una sorta di autorizzazione, al soggetto che l'esercita, ad agire in dispregio degli interessi delle società eterodirette ed in violazione dei principi di corretta gestione societaria, sia pure con il temperamento dell'obbligo di compensare i danni eventualmente inferti; per cui il riconoscimento di una siffatta "facoltà" all'ente pubblico, in particolare all'ente Stato, comporterebbe un possibile contrasto con i principi di legalità, imparzialità e buon andamento che governano l'agire delle pubbliche amministrazioni; ragion per cui si giustificherebbe la non applicabilità a tale tipologia di enti della disciplina dettata dall'art. 2497.

pretazione autentica, il contenuto e l'estensione della categoria dei "diritti dell'azionista", inerenti alle partecipazioni azionarie dello Stato, il cui esercizio per conto e nell'interesse dello Stato è dall'art. 24, comma 1, lettera a) del d. lgs. n. 300/1999 attribuito al Ministero dell'Economia e delle Finanze: chiarisce, cioè, che, per scelta insindacabile del legislatore, detta categoria non comprende il potere di direzione e coordinamento, spettante invece all'azionista, e più generalmente al socio, diverso dallo Stato.

Rimane tuttora aperto, come poc'anzi si osservava, il problema se la limitazione in tal modo introdotta alla capacità di agire dell'ente pubblico, riguardi soltanto lo stato ovvero anche gli enti pubblici ed in particolare quelli a carattere territoriale. Altresì aperto rimane l'interrogativo se l'intervento operato dal legislatore con l'art. 19, comma 6, del d. l. n. 78/2009 sia o no destinato ad essere seguito e corroborato da ulteriori indici normativi aventi lo stesso segno, idonei a confermarne il carattere di "scelta di sistema", oppure al contrario smentito, in un arco temporale più o meno lungo, da indici normativi di segno addirittura opposto: interrogativo del tutto giustificato, se si pon mente al "tasso di elevata erraticità e contraddittorietà" della legislazione speciale in materia di società partecipate da enti pubblici, e cioè alla coesistenza in essa di blocchi di norme che, talvolta anche a breve distanza di tempo, hanno perseguito o perseguono obiettivi diversi e persino tra loro contraddittori[50].

[50] Si tratta di una constatazione assai frequente fra gli studiosi di questo settore: cfr., da ultimo, incisivamente, A. Mazzoni, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?,* in C. Ibba, C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011, 57 ss., 61.

Soluzioni negoziali della crisi d'impresa: gli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento. Una introduzione*

di Enrico Gabrielli

1. "*Incertus an, incertus quando*": così sembra sintetizzabile il percorso che, guidato dalla mano ondivaga e tentennante del legislatore italiano, ha segnato nell'ultimo quinquennio l'evoluzione del diritto della crisi d'impresa nel nostro ordinamento.

Dopo l'introduzione delle novità contenute nel d.l. 14 marzo 2005, n.35 poi convertito con modifiche nella l. 14 maggio 2005, n.80, infatti, ben altre e numerose innovazioni si sono succedute, senza che – visti i risultati finora raggiunti – i venti di riforma appaiano essersi ancora placati.

Tant'è che con il d.l. n. 78 del 31 maggio 2010, convertito in legge con modificazioni con la l. n. 122 del 30 luglio 2010 è stato inserito un ulteriore cambiamento al corpo normativo del diritto concorsuale, segnatamente nella parte che più di ogni altra, negli auspici di tutti, avrebbe dovuto essere quella oggetto del più ampio, profondo e significativo rinnovamento: quella del rapporto tra autonomia privata e procedure concorsuali.

Tema di fondo della "riforma" e della "controriforma" del diritto della crisi d'impresa, e che si sarebbe dovuto esprimere, per un verso, con una nuova figura di concordato preventivo per rendere più moderno ed efficiente l'istituto, liberandolo da un controllo giudiziale che in passato era risultato a volte perfino eccessivo; e, per un altro verso, mediante la creazione *ex novo* di istituti sia di allerta e di prevenzione, sia di regolazione negoziale in senso proprio, dell'insolvenza, e che invece si è arrestata alla creazione degli "accordi stragiudiziali protetti" esenti da revocatoria (ex art. 67, 3° comma, lett. *d*) della l. fall.) e degli "accordi di ristrutturazione dei debiti" (art. 182 bis l. fall.).

Il nuovo concordato preventivo, infatti, solo parzialmente amplia il potere dei privati, poiché l'apertura della procedura è rimessa sempre e comunque unicamente all'iniziativa dell'imprenditore.

La domanda si fonda infatti su un "piano", cioè un atto di autonomia privata dal medesimo proposto, che si articola non soltanto sulla base della misura dei debiti

* Lo scritto è destinato al *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Ghia, Piccininni, Severini, per i tipi della UTET.

del'imprenditore, ma anche delle qualità soggettive dei suoi creditori, così che il piano può configurare e programmare tempi e modi di soddisfazione non secondo il rango del credito, la cui prevalenza nel concorso dei creditori non è più riconosciuta in ragione del titolo, e quindi della qualità del credito, ma "secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei", cioè secondo la suddivisione del creditori "in classi".

Inserendo così una innovazione che, sul piano teorico-ricostruttivo, sembra muovere ora "dal contratto allo status".

La novità è dirompente, anche se si cerca di circoscriverla, con la regola secondo la quale "il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine della cause legittime di prelazione".

Il potere di autonomia dei privati trova rispetto al passato una maggiore capacità di esplicazione, dato che vengono meno le soglie minime di soddisfazione del ceto creditorio che caratterizzavano la vecchia struttura: i crediti privilegiati possono essere sottoposti ad un sacrifico un tempo inconcepibile; i creditori divengono i protagonisti del processo decisionale che governa la procedura dalla fase dell'approvazione della proposta a quella della gestione e dell'esecuzione del concordato.

Il potere dei creditori però riduce e circoscrive quello del giudice, così che i sintomi della "controriforma" a volte si avvertono nell'interpretazione di alcune norme, come riflessi di un'inconscia difesa di ancestrali posizioni corporative difficili da abbandonare.

Il concordato preventivo, scomparso l'onesto ma sfortunato imprenditore, diviene ora, nell'epoca dello pseudo-trionfo dell'autonomia dei privati, uno strumento per l'imprenditore "in crisi", e la crisi oggi equivale, per definizione legislativa, all'insolvenza.

In realtà le parole impiegate dalla legge, e la pluralità dei loro significati, occultano le metafore concettuali e le sfumature che in concreto si nascondono dietro i *nomina juris* impiegati, sicché la mancanza di una prospettiva di riforma veramente innovatrice – quale sarebbe potuta essere quella che avesse riconosciuto ai creditori, e non all'imprenditore, la legittimazione a chiedere l'apertura della procedura alternativa alla dichiarazione di fallimento – svela ancora una volta il limitato orizzonte entro il quale si è arrestato lo sguardo del legislatore, con la conseguenza che l'istituto, per quanto rivestito di una nuova veste, finisce ancora una volta per risolversi per una sostanziale forma di *cessio bonorum*, seppur attuata nel contesto, ed a seguito, dell'apertura di una procedura a carattere concorsuale.

2. La regolazione negoziale dell'insolvenza ha tuttavia visto il proprio "cavaliere bianco" nella figura degli accordi di ristrutturazione.

Istituto travagliato, che per la sua novità ha rappresentato la croce e delizia dei riformatori e dei commentatori.

E così "dottori della legge", giuristi improvvisati, perfino finti professori, ne hanno fatto oggetto delle loro speculazioni.

Non deve sorprendere allora di trovare, nella letteratura sul tema, anche chi giunge perfino a confondere, sul piano della conoscenza manualistica degli istituti di privata autonomia, l'adesione dei creditori (come manifestazione di volontà) con il contratto per adesione, e quest'ultimo con quello che, invece, è il profilo di rilevanza della struttura formale di una fattispecie soggettivamente plurilaterale.

Senza in tal modo cogliere, in ragione di una evidente confusione concettuale di base, la fondamentale distinzione tra *contratto* e *accordo*, che riposa, secondo il più autorevole insegnamento, proprio sulla diversa natura degli interessi sottostanti l'atto di autonomia negoziale: contrapposti o divergenti nel primo; paralleli o convergenti a uno scopo comune nel secondo (così Betti (*Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 2ª ed., 304).

Ma tant'è: il costo delle riforme si paga anche in termini di banale insipienza concettuale, soprattutto quando oscuri azzeccagarbugli, che si ammantano di inesistenti toghe accademiche nel maldestro tentativo di farsi portatori di un *Professorrecht* che a loro ontologicamente non appartiene, si servono delle categorie giuridiche con la stessa perizia con la quale *der Zauberlehrling* usava la propria scopa, ottenendo così, sul piano teorico-ricostruttivo, lo stesso risultato del personaggio di Goethe.

3. La figura degli accordi stragiudiziali, in realtà, era stata preceduta nel progetto di riforma elaborato dalla Commissione Trevisanato da alcuni tentativi di edificazione di fattispecie analoghe: la procedura di composizione stragiudiziale della crisi; le procedure di allerta e di prevenzione, ed altre, il cui scopo fondamentale era quello di prevenire la crisi e comunque di evitarne gli effetti più traumatici (quale quello del dissolvimento a seguito dell'attività di liquidazione dei singoli beni dell'impresa) mediante procedure ed attività volte al risanamento aziendale attuato con il ricorso ad adeguate tecniche, anche negoziali, di conservazione dei valori e dell'economicità aziendale.

La prassi, del resto, da tempo conosceva tecniche di recupero e di salvataggio dell'impresa in crisi, alcune di fonte legislativa (quale ad esempio quella prevista dalla legge bancaria e consistente nella cessione delle attività e passività ex artt. 58 e 90 T.U. l. banc.), altre rimesse all'inventiva degli operatori del settore, e prevalentemente consistenti nelle cc.dd. convenzioni bancarie e negli accordi di ristrutturazione dei debiti dell'impresa conclusi in forma stragiudiziale, e quindi mediante atti di autonomia privata.

Questi ultimi tuttavia erano sempre soggetti alla possibile "ghigliottina" del successivo fallimento del debitore e quindi passibili di diventare oggetto, per un verso, di azioni revocatorie, per un altro, di comportamenti qualificabili, sotto diversi profili, in termini di rilevanza penale.

Gli accordi di ristrutturazione erano dunque soggetti ad una sorta di "forca caudina" attraverso la quale era spesso difficile – e sovente rischioso anche per coloro che professionalmente collaboravano, o fornivano consulenza per la predisposizione dei piani di risanamento – riuscire a traghettare l'impresa in crisi verso un approdo che la salvasse dalla dichiarazione di insolvenza, e dalla falcidia concorsuale di alcuni rapporti negoziali posti in essere in funzione del suo salvataggio.

Nel quadro, sinteticamente rappresentato, le concrete difficoltà di realizzare operazioni di recupero della crisi aziendale erano così evidenti che spesso l'imprenditore era tentato di ricorrere più frequentemente a tecniche che si servivano di una sorta di "catena di sant'antonio" delle procedure concorsuali: si iniziava con l'amministrazione controllata, per poi passare al concordato preventivo e sfociare quindi nella dichiarazione di fallimento; oppure, di fronte alle difficoltà di congegnare piani di risanamento che esponevano i creditori "al rischio della successiva insolvenza" e i soci dell'impresa alla necessità di apportare con sollecitudine ed immediatezza finanza aggiuntiva (anch'essa peraltro soggetta al rischio di rivelarsi insufficiente per far fronte alle immediate scadenze nei pagamenti e quindi in seguito irrecuperabile in caso di successiva insolvenza), si sceglieva direttamente il più docile approdo offerto dal concordato preventivo, nella speranza che l'impresa, una volta conclusa la fase di liquidazione con la soddisfazione dei creditori del concorso, secondo le percentuali a loro riservate dalla legge del concordato, potesse ritornare sul mercato, e perfino essere nuovamente quotata.

4. La fattispecie (art. 182 bis l. fall.) ha avuto un parto ed una crescita assai travagliata: ben tre volte ha formato oggetto di operazioni di ortopedia legislativa, in parte dovute alla non felice terminologia impiegata dal legislatore che, ancora una volta, nella redazione delle singole disposizioni ha dato prova, semmai ve ne fosse stato ulteriormente bisogno, di imprecisione tecnica, concettuale e linguistica, ma soprattutto di muoversi senza una bussola sicura, così che la sua navigazione è stata finora solo "a vista".

La norma prevede che "il debitore può depositare, con la dichiarazione e la documentazione di cui all'art. 161, un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori". Nell'art. 161 l. fall., tuttavia, si parla di domanda proposta con ricorso, unitamente al quale vanno presentati determinati documenti aventi però valore meramente indicativo e non negoziale.

Nella norma non si opera quindi alcuna menzione al termine "dichiarazione"; né tanto meno potrebbe intendersi in tal senso la relazione del professionista che accerti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano di cui all'art. 160 l. fall., dato che l'art. 182 bis esplicitamente già prevede "una relazione redatta da un esperto sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei".

Un secondo rilievo, sempre sullo stesso piano di valutazione, attiene all'interpretazione di tali norme, dato che, secondo un'opinione sempre più diffusa, esse tendono a valorizzare le potenzialità dell'autonomia privata nel terreno delle procedure concorsuali.

L'affermazione può certamente essere condivisa, ma si tratta di precisarne sia il contenuto, sia i limiti, al fine di collocarla in un corretto quadro sistematico e di evitare che, per un verso, rimanga una mera enunciazione di principio priva di un concreto valore costruttivo; per un altro, che divenga una sorta di schermo protettivo dietro il quale giustificare quelle costruzioni di c.d. "ingegneria concorsuale" che in realtà sovente nascondono vere e proprie operazioni illecite o comunque poste in essere in frode ai creditori o ad alcune delle loro possibili "classi", e quindi in grado di determinare situazioni dannose per i creditori meno protetti.

La tutela del credito appare infatti lasciata più alla costruzione degli assetti regolatori del piano, nonché alla attestazione contenuta nella relazione del professionista, piuttosto che a forme di tutela legislativa.

Nell'ultima formulazione la disciplina dell'accordo risulta, rispetto alla precedente, maggiormente coerente con quella che è la sua funzione di regolazione negoziale della crisi d'impresa mediante il ricorso a patti e negozi in grado di prevenire l'insolvenza o comunque di evitarne gli effetti più deteriori, quali la dismissione atomistica dei cespiti e dei beni aziendali e soprattutto la perdita di valore della società in crisi, che invece, a seguito del felice realizzarsi dell'accordo di ristrutturazione, potrebbe tornare a produrre reddito e ricchezza.

5. La penultima formulazione "riformista" (quella per intenderci contenuta nel cd. "decreto correttivo" d. lgs. 12 settembre 2007 n.169), al pari della precedente (quella cioè contenuta nella l. 14 maggio 2005, n.80), lasciava infatti insoddisfatti tutti coloro i quali speravano nella creazione di strumenti negoziali che fossero in grado di prevenire ovvero regolare la crisi d'impresa.

La disciplina degli accordi di ristrutturazione, a differenza di quella del concordato preventivo vincola infatti esclusivamente i creditori aderenti all'accordo, non incidendo in alcun modo, sotto un profilo quantitativo né tanto meno qualitativo, sulle ragioni dei creditori estranei ai quali dovrà essere pertanto assicurato l'integrale pagamento del loro credito.

La configurazione della norma, così come risultava dalla formulazione precedente le modifiche apportate dal c.d. correttivo, aveva formato oggetto di numerose critiche, articolate su più livelli, ma caratterizzate da una costante doglianza di fondo, consistente nel rilievo dell'omessa previsione di un ombrello protettivo a favore dei soggetti che avessero deciso di accedere alla procedura degli accordi di ristrutturazione.

Costoro infatti sia nella fase delle trattative o comunque successivamente alla conclusione dell'accordo, sia nell'attesa dell'omologazione, rimanevano sprovvisti di qualsiasi forma di tutela contro le eventuali azioni esecutive promosse in quel periodo dai creditori non aderenti.

Il decreto correttivo era intervenuto su quest'ultimo punto con il duplice proposito di colmare quel vuoto di tutela, che aveva reso l'istituto più "virtuale" che "reale", inserendo quella forma automatica di protezione del patrimonio del debitore che, negli auspici del redattore della norma, doveva essere, come si legge nella Relazione illustrativa del testo legislativo, "funzionale all'attuazione dell'accordo ed in particolare alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei", e che operava automaticamente dal momento della pubblicazione dell'accordo nel Registro delle imprese sino al sessantesimo giorno successivo a tale adempimento.

Veniva inoltre estesa alla disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti l'applicazione dell'istituto della transazione fiscale, che, nell'interpretazione autentica fornita dal *creator juris*, era funzionale all'eliminazione di "uno dei maggiori ostacoli all'utilizzo degli accordi stragiudiziali. Rimosso l'espresso divieto di applicare ai debiti tributari amministrati dalle agenzie fiscali le disposizioni di cui all'art. 182-bis in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti, si prevede ora espressamente la possibilità per l'imprenditore in stato di crisi di avvalersi dello strumento della transazione fiscale di cui all'articolo 182-ter L.F.".

In tal modo si segnava, peraltro, un'altra linea di distinzione con la figura del concordato, dato che, mentre la proposta di transazione costituisce parte integrante del piano prodotto nel concordato preventivo e deve essere depositata contemporaneamente ed unitamente al piano stesso; nella ristrutturazione, invece, la proposta può essere presentata al concessionario e all'agenzia anche prima della stipula dell'accordo, quindi già nel corso delle trattative.

Mancava invece, nel cosiddetto correttivo, un coordinamento della disciplina dell'istituto con quella dei reati fallimentari, un aspetto che, come si è detto, ha sempre condizionato sia la concreta idoneità di tali accordi a governare le situazioni di crisi in cui versa l'impresa, sia, più in generale, la possibilità di creare efficienti sistemi stragiudiziali per recuperare, in presenza di quelle situazioni, l'economicità aziendale.

6. Il legislatore del cd. "correttivo" era intervenuto anche sul terreno dei presupposti per l'applicazione della disciplina ponendo fine ad un contrasto sorto in dottrina a seguito della riforma d'urgenza posta in essere con il Decreto Legge 14 marzo 2005, n. 35 (convertito in legge con modificazioni dalla Legge 14 maggio 2005, n. 80), nel quale l'art. 182-*bis* si apriva con la dizione "*debitore*".

L'utilizzazione di questo termine poteva risultare fuorviante poiché sembrava idoneo a ricomprendere in sé anche il cosiddetto debitore civile. In realtà, la collocazione dell'istituto all'interno della legge fallimentare e l'effetto discendente dall'omologazione dell'accordo avevano indotto gli interpreti ad adottare una soluzione negativa, restringendo pertanto l'applicazione dell'istituto al solo imprenditore commerciale non piccolo.

Con le modifiche contenute nel decreto legislativo n.169 del 17 settembre 2007 può dirsi definitivamente superata tale questione, poiché il legislatore ha avuto l'accortezza di sostituire il termine debitore con quello di imprenditore.

L'ampiezza di quest'ultimo concetto, adottando le stesse argomentazioni, non può certamente indurre a ritenere che dell'istituto possano usufruire quei soggetti che svolgono un'attività diversa da quella commerciale, essendo la procedura di ristrutturazione inserita all'interno di un complesso normativo nel quale viene espressamente disciplinata la crisi e l'insolvenza delle imprese commerciali non piccole così come definite dall'art.1 l. fall.

Per quanto invece attiene al presupposto oggettivo, l'art.182-*bis* introdotto nel 2005 non faceva riferimento alcuno, a differenza dell'art.160 l. fall., alla condizione nella quale il soggetto dovesse trovarsi al fine di poter accedere alla procedura. Tuttavia, la condizione di crisi doveva ritenersi implicita dal momento in cui un imprenditore avesse dichiarato di non essere in grado di provvedere al regolare pagamento della propria esposizione debitoria.

Ne discendeva perciò che, sul piano della legittimazione alla proponibilità della domanda di ristrutturazione, stante la laconicità della norma, anche l'imprenditore il quale non versasse in una situazione di crisi potesse chiedere l'omologazione dell'accordo ed ottenere il beneficio che ne derivava in caso di successivo fallimento. In assenza di tale presupposto, la cui sussistenza doveva però ricavarsi dal sistema, anche in ragione della collocazione dell'art. 182-*bis*, il beneficio connesso alla protezione dal pericolo della falcidia revocatoria gli doveva essere negato con il rigetto dell'omologa.

Con la successiva formulazione della norma, la quale utilizza la dizione "imprenditore in stato di crisi", contenuta nel c.d. "correttivo" viene meno ogni possibile dubbio sul requisito oggettivo di accesso alla procedura e conseguentemente deve ritenersi che non possa proporre un accordo di ristrutturazione un imprenditore che goda di una solida situazione economico-finanziaria.

Il concetto di crisi deve infatti necessariamente essere inteso in senso ampio, in quanto l'imprenditore potrebbe versare in una situazione di insolvenza e per ciò solo non potrebbe essergli negata la fruibilità dell'istituto in esame, da un lato, per l'assenza di un divieto legislativo in questi termini e, dall'altro lato, in base ad un'applicazione analogica dell'ultimo comma dell'art.160 l. fall., dato che il legislatore ha espressamente statuito che per stato di crisi deve intendersi anche lo stato di insolvenza.

La situazione di crisi, la quale dovrebbe rappresentare una condizione di ammissibilità e, conseguentemente, di procedibilità della domanda, dovrebbe essere verificata dagli organi giudiziari al fine di evitare che tali accordi possano costituire un mezzo in qualche modo "elusivo" della disciplina fallimentare e delle sue naturali conseguenze o comunque che si estrinsechi in un'anticipata liquidazione del patrimonio dell'imprenditore con conseguente lesione della *par condicio creditorum*.

Diversamente opinando, si rischierebbe di concedere all'imprenditore in crisi uno strumento attraverso il quale ottenere un'esdebitazione alternativa rispetto a quella disciplinata in sede concorsuale e peraltro dannosa per il ceto dei creditori.

7. L'ultimo capitolo che, nella "saga delle riforme", tocca il tema degli accordi di ristrutturazione è stato scritto nel corso del 2010, nel tentativo di colmare, sulla base delle indicazioni della dottrina più avvertita, quelle lacune presenti nella disciplina dell'istituto che lo rendevano poco efficiente, e quindi scarsamente utile quale soluzione negoziale alternativa al fallimento.

Accanto alla modifica della disciplina della transazione fiscale (art. 182 ter l. fall.) presentata nell'ambito di un accordo di ristrutturazione, è stato introdotto, al fine di ampliare il cd. "ombrello protettivo", un rafforzamento del blocco delle azioni cautelari ed esecutive in pendenza delle trattative dirette alla conclusione dell'accordo, mediante la sospensione delle stesse azioni, su richiesta dell'imprenditore (art. 182 bis, comma terzo). Egli infatti può depositare presso il Tribunale competente la documentazione di cui all'art. 161 l. fall., e una "proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione" diretta ad attestare che "sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti", depositando altresì una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera *d*), circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità' a trattare". All'istanza di sospensione viene data adeguata pubblicità mediante la sua pubblicazione sul registro delle imprese, che produce l'effetto di impedire (mediante apposito divieto) dal momento della pubblicazione l'inizio o la

prosecuzione delle azioni esecutive o cautelari, nonché di acquisire titoli di prelazione, se non concordati.

Il Tribunale, verificata la completezza della documentazione depositata, fissa con decreto l'udienza entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'istanza, disponendo al medesimo tempo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa. Nel corso dell'udienza, se viene riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare, il Tribunale dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati, assegnando il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista a norma del primo comma dell'art. 182 bis.

Altro risultato positivo che l'attività di indirizzo della dottrina può sostenere di aver conseguito è quello relativo alla prededucibilità per i crediti sorti sia in ragione della presentazione di una domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione risulti espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale omologa l'accordo; sia nella fase di esecuzione dell'accordo di ristrutturazione, ora prevista dall'introduzione dell'art. 184 – *quater*, a mente del quale i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati, da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del T. U. bancario, in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111 l. fall.

La prededucibilità è parimenti riconosciuta ai compensi spettanti al professionista incaricato di predispone la relazione di cui all'art. 182-bis, primo comma, a condizione che ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale omologa l'accordo.

8. Un diverso discorso sembra potersi e doversi fare per i cc. dd. piani attestati di risanamento (art. 67, terzo comma, lettera *d*) della l. fall.), fattispecie nelle quali la capacità espansiva e creativa dell'autonomia privata dovrebbe trovare il terreno più fertile per la propria realizzazione, a maggior ragione poiché si tratta di una "zona" alla quale l'intervento del giudice è totalmente estraneo. In questo ambito conta unicamente il rapporto tra imprenditore in crisi e creditori.

La natura dell'atto è unilaterale, anche se a rilievo plurilaterale e a contenuto negoziale, a differenza degli accordi di ristrutturazione ove prevale l'indiscussa matrice di negozio sulla crisi d'impresa.

Entrambe le figure tuttavia si presentano, sul piano della ricostruzione dogmatica della fattispecie, come operazioni economiche unitarie a struttura "complessa", vista l'unicità inscindibile dell'articolato assetto di interessi in esse regolato, che si compone di un insieme funzionalmente e teleologicamente ordinato di atti e di attività.

La mediazione dell'organo giudiziario nel "piano attestato" è preclusa, poiché la regolazione dell'insolvenza è in questo caso un "affare tra privati".

L'art. 67, lett. d), che contempla la fattispecie, prevede infatti un'unica condizione al suo operare in funzione del risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e della certezza che il piano sarà in grado di assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa medesima: la ragionevolezza del piano.

Concetto di ragionevolezza che – al pari delle altre formule impiegate dal legislatore fallimentare nel disegno della regolazione negoziale della crisi d'impresa, quali "fattibilità" ed "attuabilità" – come tutte le clausole generali, in quanto non percepibile *a priori*, ma valutabile unicamente sulla base di un giudizio prognostico *ex ante* deve trovare elementi di riferimento certi ed affidanti sui quali fondare il relativo giudizio.

Tale strumento è la dichiarazione, proveniente da un soggetto particolarmente qualificato, in quanto in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. *d*) della l. fall., che, per un verso presuppone un diligente controllo della veridicità dei dati aziendali esposti dall'imprenditore e sui quali il piano si fonda; per un altro verso, esprime un giudizio avente un contenuto tecnico-discrezionale e positivo in ordine alla probabilità che il piano consenta "il risanamento della situazione debitoria" e "assicuri il riequilibrio della situazione finanziaria" dell'impresa in crisi.

Tale attestazione – che sul piano delle classificazioni degli atti di autonomia sembra riconducibile, più che ad una dichiarazione di scienza, a quella che Betti (*Teoria generale del negozio giuridico*, 14) chiamava "indicazione direttiva", in quanto la dichiarazione in tali casi "ha una funzione *costitutiva insostituibile*, rispetto a un contenuto che è ad essa legato e in essa esistenziato".

Essa dunque sia nei piani attestati, sia negli accordi di ristrutturazione, rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie e della sua efficacia.

L'ordinamento tuttavia non è riuscito in questo caso a superare la, diremmo quasi naturale, diffidenza che sente nei confronti della gestione "privata" dell'insolvenza, e quindi non avendo previsto che il semplice "fatto" dell'attestazione operi quale presidio alla revocabilità fallimentare degli atti, dei pagamenti e della costituzione di garanzie sui beni del debitore posti in essere in funzione della realizzazione degli obiettivi del piano, ha lasciato questo profilo privo di disciplina normativa.

La conseguenza è che, a prescindere dalla responsabilità alla quale si espone il professionista, la ragionevolezza del piano, oltre che in caso di fallimento dell'impresa successivo alla sua presentazione ed esecuzione, secondo qualche orientamento, è

suscettibile di sindacato giudiziario limitatamente al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che la relazione possa corrispondere alla funzione, che le è propria, di fornire elementi di valutazione per i creditori

Secondo altri, invece, tale sindacato dovrebbe avere ad oggetto la coerenza logico-argomentativa del discorso asseverativo. Con la conclusione che una relazione fondata su conclusioni non coerenti con le premesse, insufficientemente argomentata, ovvero contraddittoriamente o illogicamente motivata, risulterebbe inidonea a soddisfare lo scopo per la cui realizzazione essa è preordinata.

9. La tutela penale è tuttavia il capitolo che nella rilettura progettuale degli istituti di regolazione negoziale dell'insolvenza, compiuta dal legislatore, è rimasto ancora parzialmente incompiuto.

Si è già detto di come nella storia degli istituti tendenti a prevenire o a rimuovere le situazioni di insolvenza il profilo della tutela penale degli atti diretti a dare esecuzione agli accordi di sistemazione stragiudiziale della crisi, quali a mero titolo di esempio i finanziamenti ad opera di terzi, ovvero gli interventi di assunzione del debito, sia quello che più di ogni altro avrebbe meritato di essere valorizzato, giacché non si tratta di favorire manovre di approfittamento o di occultamento di situazioni di insolvenza, quanto, al contrario, di operare per rimuoverne gli effetti più dirompenti, quale è quello del dissolvimento della economicità e della continuità aziendale e quindi dello stesso valore sul mercato dell'impresa.

Tutela che, simmetricamente, dovrebbe avere ad oggetto anche il profilo revocatorio di questi atti di disposizione patrimoniale.

È certamente vero che differente può essere il livello e la qualità di intervento e di protezione da attuare per queste fattispecie, in ragione della qualità e della forma giuridica mediante le quali le stesse si manifestano sul piano sia degli atti di autonomia privata, sia della combinazione tra tali atti e l'intervento giudiziario. Sicché maggiore potrà essere tale tutela quando si tratti degli accordi omologati; minore quando si tratti dei piani di risanamento, dove tale controllo è del tutto assente.

Al fine di evitare che la mancanza (come nei piani attestati), o la minor presenza (come negli accordi di ristrutturazione), del controllo giudiziario sulle forme di regolazione negoziale dell'insolvenza consenta di aprire il varco per una stagione di abusi e di arbitri, soprattutto a danno dei creditori meno protetti, si tratta allora, anche al fine di dare certezza e stabilità ai rapporti economici sui quali si fondano i negozi di composizione della crisi, di saper dosare e differenziare la disciplina dei possibili strumenti di protezione in ragione dell'adeguatezza che le singole strutture presentano in funzione degli effetti per la realizzazione dei quali esse sono, nella volontà delle parti e nel disegno del legislatore, preordinate e conformate.

Il legislatore dell'anno 2010 con la n. 212 del 30 luglio è intervento, seppure solo in fase di conversione, anche su tali profili, introducendo nella legge fallimentare l'art. 217- bis, che contiene la scriminante, a favore dell'imprenditore e dei creditori, per i reati di bancarotta (art. 216, terzo comma e 217, c.p.), relativamente a quelle condotte che nella loro dimensione materiale potrebbero essere ascritte alle suddette fattispecie, quando si tratti di "pagamenti e operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'art. 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182-bis ovvero del piano di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d)".

Sembrerebbe in tal modo essersi oramai conclusa la tessitura della "tela di Penelope della riforma del diritto fallimentare", quanto meno per il disegno relativo agli strumenti di composizione negoziale della crisi. Ma non ci sarà da stupirsi se, da qui a non molto, si scoprirà che il nostro legislatore, pensando di non essere ancora "tornato ad Itaca", chieda alla sua Penelope di aggiungere, a quella tela, ancora qualche maglia, ovvero di modificarne nuovamente l'ordito e la trama.

Finanziamenti destinati e fallimento del debitore

di Alberto Giampieri

Sommario: 1. Il contratto di finanziamento destinato ad uno specifico affare: profili generali. – 2. L'art. 72 ter *LF La sospensione del rapporto e la valutazione circa la continuazione dell'operazione. – 3. il subentro della curatela nel contratto. – 4. La richiesta del finanziatore di continuare l'operazione in proprio o tramite terzi. I risvolti pratici della norma. – 5. Lo scioglimento del contratto. L'Articolo 2447* decies *co. 6 cod. civ. Profili problematici del rinvio. – 6. La revocatoria.*

1. Il contratto di finanziamento destinato ad uno specifico affare: profili generali

L'introduzione degli articoli 2447 *bis* lett. b) e 2447 *decies* cod. civ. ha suscitato notevole interesse sia in dottrina[1] che tra gli operatori.

La nuova disciplina doveva rispondere alle esigenze manifestate da più parti in ordine alla possibilità di reperire finanza destinata ad un singolo progetto attraverso

[1] Ne sono testimonianza i numerosi contributi sul tema dei patrimoni destinati e dei finanziamenti per uno specifico affare. Senza pretesa di completezza si ricordano Bartalena, *I patrimoni destinati a uno specifico affare*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 83; Becchetti, *Riforma del diritto societario. Patrimoni separati, dedicati e vincolati*, in *Riv. not.*, 2003, I, 49; D'Andrea, *S.p.A: patrimoni e finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, in *Dir. prat. soc.*,2003, 26; Falzea, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo, strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano 2003; Ferro – Luzzi, *La disciplina dei patrimoni separati*, in Riv. soc., 2002, 121; *Id. I patrimoni dedicati ed i gruppi nella riforma del diritto societario,* in Riv. not., 2002, 171; Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econom.*, diretto da F. Galgano, XXIX, Padova, 2003; Gemma, *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005; Lamandini, *Patrimoni destinati nell'esperienza societaria. Prime note sul D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6.* in *Riv. Soc.*, 2003, 490; Manzo – Scionti, *Patrimoni destinati e azioni correlate: cellule fuori controllo?*, in *Soc.* 2003, 1329; Montalenti, *La riforma del diritto societario nel progetto della Commissione Mirone*, in *Giur. Comm.*, 2000, 378; *Relazione al Progetto Mirone*, in *Riv. soc.*, 2000, 25; Comporti, *Commento agli artt. 2447bis-2447decies* cod. civ., in *La riforma delle societa`*, a cura di M. Sandulli – V. Santoro, II, Torino, 2003, 1021; G. Presti e M. Rescigno, *Corso di diritto commerciale*, II, Societa`, Bologna, 2005, 122; G. Giannelli, *Obbligazioni, strumenti finanziari partecipativi, patrimoni destinati, in Societa` di capitali*, Commentario Niccolini – Stagno D'Alcontres (a cura di) II, Napoli, 2004, 1277; L. Salamone, *I finanziamenti destinati, tra separazione patrimoniale e garanzia senza spossessamento*, in *Il nuovo diritto delle societa`, Liber amicorum Gian Franco Campobasso,* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, libro I, Milano, 2007, 881; F. Toschi Vespasiani, *I patrimoni ed i finanziamenti destinati ad uno specifico affare nella riforma del diritto societario*, in *Studium Juris*, 2004, 725; Carriere, *Opportunità e limiti della nuova disciplina dei patrimoni destinati*, in *Diritto e pratica delle società*, 2004, n. 2, p. 31

una forma di rapporto creditizio *limited recourse*, che cioè facesse affidamento essenzialmente o esclusivamente sui proventi derivanti dal o sui beni realizzati grazie all'intervento creditizio vedendo riconosciuto anche un vincolo di destinazione *ex lege* su tali proventi non aggredibili da altri creditori[2]. Ed in effetti la norma sembra rispondere a tale esigenza in quanto consente ad una società operativa di realizzare un affare finanziandolo con specifiche tutele per i creditori altrimenti non ipotizzabili nel nostro ordinamento[3].

L'art. 2447 *decies* cod. civ. consente, almeno in linea di principio, di superare lo schema del c.d. *special purpose vehicle* (comunemente definito SPV), quello schema cioè che richiede la costituzione di una nuova società per il finanziamento di una nuova intrapresa, e ciò allo scopo di evitare di esporre i finanziatori ai rischi dell'attività pregressa (e.g., responsabilità fiscali, lavoristiche, contenzioso) e di consentire all'ispiratore del progetto di isolare i rischi di quest'ultimo rispetto alle diverse attività o affari posti in essere. L'SPV, infatti, è normalmente una società neo costituita, capitalizzata al solo fine di soddisfare i requisiti per ottenere del credito, il cui statuto contiene previsioni atte a facilitare la escussione di un eventuale pegno concesso a garanzia del finanziamento sulle azioni della società ovvero a consentire il più ampio ambito di intervento da parte dell'assemblea (ciò sempre allo scopo di poter consentire ai creditori di poter votare in forza dei diritti derivanti dal pegno), non ha dipendenti ed ogni rapporto contrattuale posto in essere deve rispondere alle fi-

[2] Lo schema già noto nelle esperienze anglosassoni prevede in buona sostanza che l'erogazione del credito possa fare affidamento non tanto sull'intero patrimonio del debitore in ossequio al disposto dell'art. 2740 cod. civ., bensì avere una sorta di ricorso limitato ai beni finanziati o ai proventi dell'affare finanziato che di contro non rappresenterebbero una garanzia per gli altri creditori del medesimo soggetto. Nella esperienza anglosassone circa i finanziamenti limited recourse si vedano C. W. Beale, J. Chubb, *Limited Recourse Financing*, Law and Business 1982; Wood, *Law and practice of International finance, securisation, subordinated debt*, vol. 5, II ed., Sweet and Maxwell, London, 2007; Caselli – Gatti, *Structured Finance*, Springer 2005. In particolare, sul *limited recourse project financing*, Sorge, *The nature of credit risk in project finance*, in *Bis quarterly review*, December, 2004; Chemmanur – John, *Optimal Incorporation, Structure of Debt Contracts and Limited Recourse Project Financing, in Journal of Financial Intermediation 5*, 1996, 372; Hoffmann, *The law and business of international project finance,* Cambridge University Press, 2008; M. Habib – B. Jhonsen, *The Financing and Redeployment of Specific Assets*, *The Journal of Finance,* vol. 54, issue II, 1999, 693; John K., and John T., *Optimality of Project Financing: Theory and Empirical Implications in Finance and Accounting*, *Review of Quantitative Finance and Accounting*, 1991, 1, 51-74.; Kleimeier S., and Megginson W, *An Empirical Analysis of Limited Recourse Project Finance*, *Working Paper*, Michael Price College of Business, University of Oklahoma, 1999. Sulla compatibilità tra tale schema contrattuale e il nostro ordinamento, si rinvia a P. Carriere, *Project Financing, profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova 1999; *Id.*, *Finanza di progetto (project financing) Encicl. dir.-Annali*, Milano, 2007, vol. I, 597; *Id.*, *Il leveraged financing e il project financing alla luce della riforma del diritto societario: opportunità e limiti,*in *Riv. soc.,* 2003, 223.

[3] Per una disamina sui lavori preparatori si vedano gli spunti di riflessione contenuti nel volume *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori, testi e materiali*, Vietti, Auletta, Lo Cascio, Tombari, Zoppini (a cura di), Milano 2006.

nalità ed essere consentito dalle pattuizioni del contratto di finanziamento che impedisce al debitore di porre in essere le operazioni che possono incidere negativamente sul rimborso del debito o sul rispetto dei parametri finanziari concordati.

Nello schema ex art. 2447 *decies* cod. civ. non tutti i criteri di cui sopra possono essere, per forza di cose, rispettati posto che il debitore è una società operativa.

La norma, invero, pur avendo introdotto uno schema contrattuale particolarmente innovativo non ha riscontrato particolare seguito nella prassi. Benché sia difficile poter identificare le ragioni della sua scarsa utilizzazione si può ritenere, in linea con quanto indicato dalla dottrina[4], che almeno due profili abbiano influito in tal senso: la norma di cui alla lett. h) dell'art. 2447 *decies* cod. civ. nonché la sorte del contratto di finanziamento in caso di fallimento del debitore. E la disciplina di cui all'art. 72 *ter* L.F. avrebbe dovuto consentire proprio di attenuare i rischi legati alla disciplina di cui all'art. 2447 *decies* cod. civ.[5], muovendo dalla struttura del negozio e dalle finalità che ne hanno sotteso l'introduzione su cui giova, sebbene sommariamente, soffermarsi.

L'art. 2447 *decies* cod.civ. disciplina l'ipotesi in cui una società, per finanziare un'operazione predeterminata (i.e., uno specifico "affare") senza ricorrere allo schema di una SPV, reperisce liquidità all'esterno della compagine, destinando i proventi dell'affare al rimborso del finanziamento[6]. Si genera, in tal senso, una ripartizione dei rischi dell'operazione tra finanziatore e società, nel perseguimento di obiettivi "a rischi elevati", supportabili dalla società solo in presenza di risorse finanziarie provenienti dall'esterno[7], e garantite dalla destinazione dei proventi dell'affare.

La lettera dell'articolo 2447 *decies* co. 1 cod. civ. stabilisce, proprio considerando le finalità perseguite, che il contratto "può prevedere" la destinazione dei proventi all'affare; la destinazione dei proventi è evidentemente di importanza fondamentale per i finanziatori ancorché la dottrina maggioritaria[8] sia orientata a ritenere che, in mancanza di tale indicazione, la destinazione patrimoniale non

[4] Comporti, *sub artt. 2447 bis- 2447 decies*, op. cit., 1021; Marano, *I patrimoni destinati in una prospettiva giuslavoristica*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 57, 2004; Giannelli, *op. cit.*, 1278; Ferro Luzzi, *op. cit.*, 136; Lamandini, *op. cit.*, 506.; Niutta, *Patrimoni e finanziamenti destinati*, Milano 2006, 271.

[5] Spiotta, *sub art. 72 ter, Effetti sui finanziamenti destinati a uno specifico affare,* in *Il nuovo diritto fallimentare*, tomo I, a cura di Jorio – Fabiani, Bologna 2010*,* 1160.

[6] Cavallaro, *Finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, in *Fall.*, n. 5/2009, 501; si veda anche la Relazione al Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, in *La Riforma del diritto societario*, *op. cit.*, p. 208; De Acutis, *Il finanziamento dell'impresa societaria: i principali tratti caratterizzanti e gli altri "strumenti finanziari partecipativi"*, *N. Giur. civ. comm.*, 2003, 310.

[7] Spiotta*, sub art. 72 ter*, *op. cit.,* 1162.

[8] Manzo e Scionti, *Patrimoni dedicati e azioni correlate: "cellule fuori controllo"?,op. cit.*, 133, dove si rileva, peraltro, che il dato letterale della norma per cui il contratto di finanziamento "deve" contenere "la parte dei proventi destinati al rimborso" sia chiara in tal senso.

venga affatto ad esistenza; di contro si è sostenuto che in questa accezione il patrimonio destinato consista "nella risorsa finanziaria ottenuta dall'impresa per un nuovo, specifico affare".[9]

Nell'ambito della disciplina dei finanziamenti destinati non viene, tuttavia, fornita una nozione di "proventi", tanto da indurre la dottrina ad attribuirgli talvolta il significato di utile (inteso come ricavo al netto delle passività),[10] in tal modo determinandosi una forse irragionevole postergazione del credito del finanziatore rispetto agli altri crediti sorti in occasione del finanziamento. Sembra, dunque, preferibile ritenere che la nozione di proventi faccia in realtà riferimento ai flussi di cassa generati dall'affare, rispetto ai quali il rimborso e la remunerazione del capitale finanziato si configurano in ogni caso come costo.[11]

Tuttavia, al di là dell'aspetto meramente definitorio, si è correttamente sostenuto che, sulla base dell'autonomia negoziale concessa alle parti al di fuori del contenuto minimo del contratto inderogabilmente specificato dall'articolo 2447 *decies* cod. civ., e dell'atecnicità del termine utilizzato dal legislatore, il contenuto del termine "provento" sia suscettibile di essere modulato dalle parti a seconda delle specifiche esigenze e volontà contrattuali[12].

Nel patrimonio destinato, peraltro, confluiscono non solo i proventi, ma tutto ciò che da essi viene prodotto, e pertanto i frutti diretti e indiretti[13] che scaturiscano da eventuali investimenti effettuati prima del momento del rimborso. Tale nozione di proventi costituisce, quindi, l'insieme di beni su cui i finanziatori ex art. 2447 *decies* cod. civ possono effettivamente contare in via prioritaria al fine di soddisfare il proprio credito[14].

---

9 Di Sabato*, Strumenti di partecipazione a specifici affari con patrimoni separati e obbligazioni sottoscritte dagli investitori finanziari*, in *Banca borsa*, 2004, I, 22.

10 Di Sabato, in *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*, *Atti del Convegno (Cassino, 9 ottobre 2003),* Montagnani (a cura di), 64.

11 Giannelli, *sub* art. 2447 *decies*, in *Società di capitali, op. cit. 1275*; Marano, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, in *Quaderni di ricerca giuridica della banca D'Italia*, n. 57, 2004; Salamone, *op. cit.*, 878.

12 Maffei Alberti, *sub artt. 2447 bis- 2447 decies, op. cit.,* Maffei Alberti (a cura di), Padova, 2005, 1700.

13 *Ibidem.*

14 Tale struttura sembra evocare il medesimo meccanismo previsto dalla legge 30 aprile 1999, n. 130 che riconosce ai sensi dell'art. 1 che i portatori dei titoli emessi dalla società per la cartolarizzazione siano gli unici soggetti legittimati a ricevere i flussi di cassa generati dai crediti acquisiti dalla società per la cartolarizzazione per effetto dei proventi derivanti dalla emissione dei titoli. Sulla cartolarizzazione si vedano Rucellai, *La cartolarizzazione dei crediti in Italia a due anni dall'entrata in vigore della L. 30 aprile 1999, n. 130*, in *Giur. comm*., 2001, I, 392; Bochicchio, *La cartolarizzazione dei crediti: sinergie tra intermediazione creditizia ed intermediazione mobiliare*, in *Dir. fall.* 2000, I, 977; Ferro Luzzi, *La Cartolarizzazione, commento alla legge n. 130/1999*, Milano 2005, Rumi, *Securization in Italia. La legge n. 130/99 sulla cartolarizzazione dei crediti,* in *Giur. comm*., 2000, I, 438; Rodorf, *Cartolarizzazione dei crediti e tutela del risparmio*, in *Soc*., 2000, 1163.; Maffei Alberti, (a cura di), Legge 30 aprile 1999, n.130 – *Disposizioni sulla cartolarizzazione dei*

2. L'articolo 72 *ter* LF La sospensione del rapporto e la valutazione circa la continuazione dell'operazione

L'articolo 59 del d.lgs. n. 5/2006 introduce, secondo le indicazioni della legge delega numero 80/2005, *ex novo* l'articolo 72 *ter* LF (concernente le conseguenze del fallimento sui finanziamenti destinati ad uno specifico affare) nella parte dedicata agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti[15].

La norma, avversata da parte della dottrina in quanto ritenuta pleonastica rispetto a quanto già disciplinato in materia dall'articolo 2447 *decies* cod.civ.[16], presenta comunque il pregio di dirimere, ovvero di fornire un ausilio per dirimere, alcuni dubbi sorti a causa della formulazione dell'ultimo co. dell'art. 2447 *decies* cod. civ., che, nel disciplinare l'ipotesi di scioglimento del contratto di finanziamento a causa del fallimento della società, reca l'inciso ipotetico *"se il fallimento della società impedisce la realizzazione o la continuazione dell'operazione"*. La locuzione ha, invero, consentito di argomentare che il fallimento del debitore non preclude *a priori* la prosecuzione dell'operazione così lasciando aperti una serie di interrogativi concernenti le modalità attraverso le quali il rapporto potesse aver seguito e le conseguenze derivanti da tale prosecuzione in pendenza della procedura concorsuale[17].

---

crediti, in *Le nuove leggi civili commentate*, p. 999; A.Giannelli, *La società per la cartolarizzazione dei crediti: questioni regolamentari e profili di diritto societario e dell'impresa*, in *Riv. soc.,* 2002, 921.

15 Per una disamina della disciplina fallimentare relativa ai finanziamenti destinati a uno specifico affare si rinvia a Comporti, *sub art. 72 ter*., in Nigro e Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino 2006; Fiengo*, sub art. 72 ter, Effetti sui finanziamenti destinati a uno specifico affare,* in *Commentario alla legge fallimentare,* Cavallini (diretto da), Milano 2010; Paluchowski, *sub art. 72 ter,* in *Codice del Fallimento,* Bocchiola – Paluchowski (a cura di), Milano 2009; Catalano, *sub art. 72 ter*, *I contratti di finanziamento di uno specifico affare ed il fallimento della società sovvenuta*, in *Trattato delle procedure concorsuali,* Ghia, Piccininni, Severini, (a cura di) Torino, 2010; Comerci – Chinaglia, *sub art. 72 ter, Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2009; Spiotta, *sub art. 72 ter, effetti sui finanziamenti destinati a uno specifico affare, op. cit.*; Schiano di Pepe (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, *commento sistematico*, Padova, 2007; Meoli, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Fall,* 2005, 113; Cavallaro, *Finanziamenti destinati a uno specifico affare, op. cit.*, 501; Ciampi, *Patrimoni e finanziamenti destinati in rapporto con le regole del concorso fallimentare*, in *Soc.,* 2004, 1212; Fimmanò, L*a liquidazione delle cellule destinate alla luce della riforma del diritto fallimentare*, in *Soc.,* 2006; Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nella prospettiva della liquidazione fallimentare*, in *Fall*., 2006, 875. La dottrina ha ritenuto che la disciplina di cui all'art. 72 *ter* LF sia estensibile anche alla liquidazione coatta amministrativa, giusta il rinvio effettuato dall'art. 201 LF agli artt. da 72 a 83 *bis* LF, ed alla amministrazione straordinaria così Gatti, *Finanziamenti destinati e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. comm*., 2004, I, 253.

16 Giordano, *La destinazione dei proventi di un affare al rimborso del finanziamento*, *Dir. banca e merc. fin*., 2004, I, 442, il quale, prima della riforma sottolineava la non necessità di una disciplina specifica per la sorte del contratto di finanziamento destinato in caso di fallimento della società; cfr. Catalano, op. cit., 432.

17 Comporti, *Sub artt. 2447 bis- 2447 decies*, in *La riforma delle Società*, op. cit., 1027; Baldini – De' Costanzo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti nella giurisprud*enza, Milano 2005, 245; Falcone, *Patrimoni destinati e finanziamenti dedicati: la posizione dei creditori e le prospettive concorsuali*, in *Dir. banca merc. fin*., 2005, 206; Simone, *sub art. 2447 decies*, in *Commentario delle società*, Grippo (a cura di), Milano 2009, 940.

L'intento del legislatore, che intendeva anche soddisfare le molteplici istanze avanzate da coloro che ritenevano la disciplina codicistica troppo lacunosa per poter soddisfare le esigenze della pratica di fronte al verificarsi di una patologia concorsuale, non ha purtroppo contribuito a fugare i dubbi già espressi con riguardo all'art. 2447 *decies* cod. civ. e ad incentivare l'utilizzazione dello schema negoziale ancorchè non possa negarsi che alcuni profili trovino ora una trattazione più compiuta[18].

L'art. 72 *ter LF* recita al primo comma che *"il fallimento della società determina lo scioglimento del contratto di finanziamento di cui all'articolo 2447 bis co*. 1 lett. b) cod. civ.*, quando impedisce la realizzazione o la continuazione dell'operazione".* Coerentemente con il disposto dell'ultimo comma dell'articolo 2447 *decies* cod.civ., il fallimento della società non viene considerato come causa autonoma di impedimento alla prosecuzione dell'operazione e del conseguente necessario scioglimento del contratto. Sostanzialmente, il fallimento della società parte del contratto di finanziamento destinato produce due effetti, di cui uno necessario ed uno meramente eventuale:[19] quello principale (e necessario), è costituito dallo spossessamento, con il conseguente affidamento della gestione dell'affare agli organi della procedura fallimentare, ed in particolare al curatore; quello eventuale e secondario è lo scioglimento del contratto conseguente alla cessazione dell'operazione. Se si vuole l'impostazione risulta coerente con lo spirito del tipo negoziale preso in considerazione. Trattandosi di uno schema contrattuale particolare che assicura, a fronte dello specifico rischio creditizio assunto dal finanziatore, una peculiare disciplina che deroga al disposto dell'art. 2740 cod. civ[20], sembra ragionevole che l'intervento del fallimento non debba vanificare il rapporto ma che la sua continuazione sia, almeno in linea di principio, possibile – nella misura in cui l'operazione possa essere continuata – e sia rimessa, in primo luogo, alla scelta del curatore e, in seconda battuta, a quella del finanziatore, previo assenso del giudice delegato.

La norma al 1 co. non sembra chiarire in maniera adamantina a chi sia rimessa la valutazione circa la concreta realizzabilità o continuazione della operazione. Invero, come rilevato dalla dottrina[21] non sembra revocabile in dubbio che tale prerogativa spetti alla curatela quale soggetto preposto, da un lato, alla gestione dei beni della

[18] Parte della dottrina rileva come la norma in parola sia ispirata a un evidente *favor* nei confronti del finanziatore, mentre quella codicistica appare orientata in favore della curatela: Spiotta, *op. cit.*1184; Mignone, *sub artt. 2447 bis- 2447 decies,* in Cottino *et al.* (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna 2004, 1674 ss.

[19] Spiotta, *Op. cit.* 1165*;* Fimmanò, *La liquidazione delle cellule destinate alla luce della riforma del diritto fallimentare*, *op. cit.*, 163; Meoli, *Patrimoni destinati e insolvenza*, *op. cit.*, 113, il quale rileva in tal senso che *"spossessamento e liquidazione in questo caso, non sono necessariamente congiunti".*

[20] Si veda sulla nozione di separazione patrimoniale "*quasi perfetta*" che deriva dalla disciplina di cui all'art. 2447 *decies* cod. civ. il contributo di Lamandini, *I patrimoni destinati nell'esperienza societaria. Prime note sul D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6,op. cit*., 506.

[21] Spiotta, *op. cit.*, 1165.

massa fallimentare e, dall'altro, alla tutela delle ragioni dei creditori. Ed in realtà, argomentando dal co. 2 della norma, sembra evidente che il curatore eserciti tale facoltà in coordinamento con l'opinione espressa dal comitato dei creditori. È, tuttavia, singolare che il subentro nel rapporto (e verosimilmente anche la valutazione circa la perseguibilità dell'operazione) avvenga in forza di un parere obbligatorio ma non vincolante del comitato dei creditori, diversamente da quanto fissato per il subentro nei contratti ex art. 72 LF[22].

Va da sé che l'aspetto più delicato ed anche più interessante riguarda i parametri da utilizzare per effettuare tale scelta e se la stessa sia suscettibile di censura da parte dei finanziatori che, ad esempio, ritenessero di andare di contrario avviso rispetto a quanto stabilito dalla curatela al fine di poter formulare la richiesta di cui al 3 co. dell'articolo in esame.

Con riguardo al primo aspetto potrebbe, infatti, non essere sempre agevole stabilire se l'apertura del fallimento possa pregiudicare la continuazione dell'operazione rendendo inevitabile, considerato il rapporto di strumentalità che intercorre tra il contratto di finanziamento e l'operazione, lo scioglimento dello stesso[23].

In assenza di interpretazioni giurisprudenziali sul punto, si può ragionevolmente ritenere che l'analisi possa prescindere, almeno teoricamente, dalla possibilità di continuare l'esercizio dell'impresa, potendosi limitare alla sola realizzabilità dell'operazione[24]. Le considerazioni debbono inevitabilmente riferirsi alle situazioni concrete che possono verificarsi caso per caso e non consentono invero di formulare specifici criteri. Tuttavia, considerata la natura del rapporto sottostante e le modalità di erogazione che normalmente vengono effettuate a fronte di stato avanzamento lavori, qualora l'operazione sia prossima alla fine (ad esempio l'opera preventivata sia sul punto di essere completata) è più probabile che la patologia fallimentare, tipicamente legata a crisi di liquidità e non necessariamente a problematiche di natura imprenditoriale pertinenti l'affare finanziato, non costituisca di per sé un elemento ostativo al completamento dell'operazione[25].

Con riguardo al secondo profilo, va tenuto conto della ipotesi in cui le considerazioni formulate dalla curatela in ordine alla circostanza che il fallimento precluda la continuazione dell'operazione siano censurabili dai finanziatori ex art. 2447 *decies* cod. civ.

---

22 *Ibidem,* 1166.

23 Dimundo, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, in Il diritto fallimentare riformato*, in Schiano di Pepe, *op. cit.*, 244.

24 Cfr. Comporti, *sub. Art. 72 ter*, *op. cit.*, 339.

25 Si consideri ad esempio il caso di una società che intenda edificare e gestire un centro commerciale la cui costruzione è finanziata ex art. 2447 *decies* cod. civ e che per ragioni non riguardanti tale affare che ben potrebbe essere estremamente produttivo sia soggetta a fallimento. Qualora la ultimazione dei lavori fosse prossima ed i contratti di affitto già stipulati si potrebbe ritenere che il fallimento di per sé non osti alla continuazione dell'operazione.

La legge non prevede, rispetto alla scelta del curatore, alcuna forma particolare di controllo del giudice delegato – il cui controllo si inserirà nel più generico potere del giudice delegato sull'operato del curatore di cui all'articolo 31 co. 1 LF – né alcuna forma di ricorso avverso tale scelta, a tutela dei creditori o del finanziatore stesso.

Si è osservato che, a fronte di tale debolezza del controllo, una soluzione potrebbe riscontrarsi nell'inserimento nel programma di liquidazione stilato dal curatore, anche di un'indicazione chiara ed argomentata delle proprie determinazioni relative ai rapporti pendenti.[26]

In via propositiva andrebbe, in tale ipotesi, considerata anche la possibilità di poter adottare il rimedio di cui all'art. 36 LF argomentando che la decisione adottata dalla curatela, anche previo parere del comitato dei creditori, finisca per configurare un atto di amministrazione, almeno *lato sensu*, ovvero comunque un atto omissivo qualora non abbia tenuto conto di circostanze che avrebbero potuto dar corso alla realizzazione dell'operazione stessa. L'articolo 36 LF, peraltro, non fornisce alcuna indicazione in ordine a quale sia il contenuto degli atti di amministrazione reclamabili, limitandosi ad indicare che questi possono essere sia di natura attiva che di natura omissiva.

Una volta accertata la compatibilità tra il fallimento della società e la continuazione dell'operazione, il curatore dovrà formulare un giudizio di opportunità, in vista della futura liquidazione del patrimonio della società. È appena il caso di sottolineare come la valutazione del curatore abbia ad oggetto non già il contratto di finanziamento destinato, quanto l'operazione per cui tale finanziamento è stato erogato – con la conseguenza che, laddove un affare sia stato finanziato attraverso più contratti, tale valutazione sarà rilevante con riguardo a ciascuno di essi, fermo restando che inevitabilmente ognuno di siffatti rapporti andrà considerato anche nell'unitarietà dell'operazione di finanziamento di cui costituisce una componente[27]. Tale lacuna ha impatto ancora più dirimente se si tenga a mente che nella maggior parte dei casi la prosecuzione dell'operazione (e in particolare per la sua realizzazione) potrebbe richiedere la costituzione di nuovi ed ulteriori rapporti giuridici.

Va, d'altro canto, osservato che normalmente l'apertura di una procedura concorsuale (od anche la sola istanza di fallimento) costituisce ai sensi dei contratti di finanziamento una ipotesi di decadenza dal beneficio del termine (in ossequio al disposto dell'art. 1186 cod. civ.) ed attribuisce ai finanziatori il diritto di formulare tale dichiarazione con il venir meno del rapporto contrattuale[28]. Ne consegue che la scelta del curatore potrebbe essere anche condizionata da tale circostanza. Inoltre, la

[26] Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nella prospettiva della liquidazione fallimentare*, *op. cit.*, 881; Spiotta, *Op. cit.,* 1166.

[27] Catalano, *sub* art. 72 *ter* LF, *op., cit.,* 442.

[28] Non sembrerebbe, peraltro, che tale facoltà del creditore finisca per essere impedita dall'applicazione dell'art. 72 co. 6 LF posto che la norma si riferisce solo alle clausole "negoziali" che legittimano la risoluzione dei rapporti.

scelta di subentrare nel rapporto non può prescindere dalla capacità del debitore di poter continuare ad adempiere alle obbligazioni previste dal contratto, prima fra tutte quella del pagamento degli interessi che, per effetto del subentro della curatela, costituirebbero verosimilmente anche crediti prededucibili ai sensi dell'art. 111 *bis* LF[29]. Elemento non irrilevante nel contesto di una più ampia valutazione comparativa degli interessi della massa fallimentare e dei creditori.

La normativa non prevede poi un termine perentorio entro il quale il curatore debba assumere la decisione circa la incidenza del fallimento sulla prosecuzione della operazione; si è proposto in dottrina[30] di colmare tale lacuna o attraverso un'interpretazione analogica dell'articolo 72 2 co. LF, il quale prevede un termine di sessanta giorni per il subentro nei contratti pendenti, ovvero ritenendo che il curatore abbia diritto di decidere fino a che il finanziatore non chieda al giudice delegato e sentito il comitato dei creditori di poter continuare l'operazione, o in proprio o affidandola a terzi.[31] Nelle more della scelta del curatore, il contratto resta sospeso[32].

3. Il subentro della curatela nel contratto

Il co. 2 dell'art. 72 *ter* LF prevede che qualora la verifica circa la realizzabilità o la continuazione dell'operazione abbia dato esito positivo "*il curatore, sentito il parere del comitato dei creditori, può decidere di subentrare nel contratto in luogo della società assumendone gli oneri relativi*".

Si è già indicato dianzi come la sequenza procedimentale stabilita dalla norma non richieda una autorizzazione da parte del comitato dei creditori a differenza di quanto fissato dall'art. 72 LF[33] e che il subentro da parte della curatela postuli in via pregiudiziale un giudizio in ordine alla perseguibilità dell'operazione.

Si è altresì notato che la scelta della curatela potrebbe, in pratica, essere vanificata dai diritti che il contratto di finanziamento riconosce ai creditori i quali potrebbero essere legittimati a far valere la decadenza dal beneficio del termine ovvero il recesso dal rapporto in costanza di eventi intervenuti anche anteriormente alla dichiarazione di fallimento[34].

---

[29] Vedi Spiotta, *op. cit.*1168; Marinucci, *I crediti prededucibili nel fallimento*, Padova, 1998, 149 ss.

[30] Spiotta, *op. cit.,* 1168.

[31] *Ibidem*; Catalano, op. cit., 443.

[32] Comporti, *sub art. 72 ter*, in *La riforma della legge fallimentare*, *op. cit.*, 440. Va osservato, al riguardo, che potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui il fallimento della società sia intervenuto anteriormente alla integrale erogazione del finanziamento perché, ad esempio, la procedura è stata avviata prima del completamento dell'opera e solo in forza di stato avanzamento lavori.

[33] Si veda *supra* par. 2.

[34] È appena il caso di ricordare che operazioni che si avvalgono di finanziamenti destinati sono solitamente

Laddove il curatore decida di subentrare nel contratto di finanziamento destinato a uno specifico affare, questi sarà tenuto ad adempiere a tutte le obbligazioni sorte a causa di esso in capo alla società finanziata, e quindi sostanzialmente all'obbligo di rimborso con i proventi derivanti dall'affare, nonché a rispettare il vincolo di destinazione impresso sui proventi destinati in tutto o in parte in via esclusiva al rimborso del finanziamento e sui beni strumentali all'operazione[35]. A questo si affiancano gli obblighi di contabilizzazione separata idonei, ai sensi dell'articolo 2447 *decies cod. civ*, ad individuare le somme su cui insiste il vincolo di destinazione nel corso della durata del finanziamento e preservare in ogni momento la separazione di tali proventi dall'attivo acquisito alla procedura fallimentare. Possono soccorrere in questo senso le varie tecniche contrattuali normalmente utilizzate, anche in altre ipotesi di finanziamenti *limited recourse*, per assicurare nel miglior modo possibile la segregazione dei flussi di cassa e la loro autonoma contabilizzazione. I contratti di finanziamento che fanno affidamento sui flussi di cassa di uno specifico affare prevedono, infatti, dei conti dedicati oggetto di pegno su cui far affluire ogni importo attinente all'affare finanziato, stabiliscono priorità di pagamenti al fine di garantire il regolare adempimento delle spese ordinarie dell'affare (e.g., imposte, fornitori, premi assicurativi) ovvero degli oneri finanziari, e richiedono una contabilizzazione separata di tali flussi[36].

Il subentro della curatela nel contratto evoca il tema relativo ad una continuazione, anche implicita, dell'impresa e della conseguente applicabilità dell'art. 104 LF[37]. A rigore, tuttavia, la continuazione dell'affare di cui all'art. 72 *ter* LF dovrebbe rappresentare una ipotesi particolare e distinta dalla continuazione dell'esercizio dell'impresa di cui all'art. 104 LF in linea con quanto già espresso dalla dottrina con riguardo alla amministrazione dei patrimoni destinati ex art. 155 LF[38]. Non v'è dubbio, però, che il subentro nel rapporto postula, per le conseguenze che ne derivano e prima fra tutte il diritto di vantare crediti in prededuzione, una attenta valutazione in ordine alla possibilità di continuare a rispettare i vincoli contrattuali imposti dal finanziamento destinato e il pagamento degli oneri finanziari. È, infatti, improbabile, data la struttura

piuttosto articolate, comportano significativi rischi in capo alle banche finanziatrici e prevedono clausole contrattuali finalizzate ad anticipare le patologie della crisi di impresa. Ne sono esempio le clausole c.d di *default* che attribuiscono alle banche finanziatrici diritti potestativi volti ad interrompere il rapporto e chiedere la restituzione del finanziamento anteriormente alla apertura della procedura concorsuale proprio allo scopo di attivare in anticipo i rimedi contrattuali e le garanzie posti a supporto del diritto di credito. Ovviamente tali clausole andranno anche valutate alla luce della portata dell'art. 72 co. 6 LF.

35 Sulle metodologie di rimborso previste dall'art. 2447 *decies* cod. civ. cfr. nt.2.

36 L'esperienza delle società di cartolarizzazione che abbiano acquisito diversi portafogli di crediti ne è testimonianza. Sul punto, cfr. nt. 14; Giannelli, *La società per la cartolarizzazione dei crediti: questioni regolamentari e profili di diritto societario e dell'impresa, op. cit.*, 921.

37 Vincre, *Patrimoni destinati e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 126; Meoli, *Destinazione patrimoniale e insolvenza*, *op. cit.*, 113.

38 Comporti, *sub articolo 155*, in Nigro e Sandulli (a cura di), *op. cit*. 961.

dei contratti adottata nella prassi, che un finanziamento destinato escluda oneri a carico della società e li limiti al solo affare o che non preveda *covenant* finanziari riguardanti la società debitrice[39]. Sembrerebbe, quindi, plausibile ritenere che sia oltremodo irrealistico un subentro che prescinda da una più ampia rinegoziazione dei termini del rapporto (e.g. moratoria degli interessi, ridefinizione dei *covenants*, nuova articolazione delle ipotesi di decadenza) che potrebbe in definitiva non costituire un vero e proprio subentro previsto dalla norma in esame (cioè una successione agli stessi termini e condizioni previsti dal finanziamento destinato), bensì una rinegoziazione dei termini contrattuali adattati alla nuova situazione verificatasi[40].

Sotto un ulteriore profilo il subentro della curatela potrebbe poi non risultare la soluzione migliore per i creditori particolari, soprattutto considerando che la continuazione del rapporto anche in costanza di fallimento potrebbe non consentire di soddisfare integralmente i crediti vantati a fronte della erogazione del credito destinato per il tramite dei proventi generati dall'affare. La dottrina sembra incline ad escludere, anche alla luce del disposto dell'art. 2447 *decies* cod. civ., la possibilità dell'insinuazione al passivo della società[41] e la soddisfazione del credito con moneta fallimentare che sarebbe consentita solo laddove la realizzazione dell'operazione sia divenuta impossibile.

---

[39] Appare quantomeno irragionevole pensare – in assenza di flussi di cassa – che istituti finanziatori non pretendano di prevedere all'interno di contratti di finanziamento garanzie da parte della società, giusta il disposto dell'art. 2447 *decies* lett. g) cod. civ., che ovviamente in caso di subentro dovrebbero essere onorate dalla curatela.

[40] Ancorchè sia estremamente difficile poter immaginare che la rinegoziazione dei termini contrattuali possa rappresentare l'unica soluzione praticamente percorribile, resta il fatto che l'ipotesi tratteggiata potrebbe presentare indubbi aspetti di flessibilità idonei a conciliare la patologia fallimentare con l'esigenza o l'opportunità di poter concludere l'operazione con vantaggio sia per i creditori (che potrebbero veder maturare ulteriori proventi destinati al rimborso) sia per la massa fallimentare (alla luce dell'apprezzamento dell'operazione nel suo insieme una volta completata).

[41] Spiotta, *op. cit.,* 1170; Ferro, (a cura di), *Le insinuazioni al passivo*, Padova 2005, 539. La argomentazione non sembra revocabile in dubbio alla luce del tenore del co. 2 della norma che non riproduce quanto, di contro, fissato dalla seconda parte del co. 3 e forse costituisce il motivo più evidente che potrebbe sconsigliare il subentro o addirittura adottare lo schema del finanziamento destinato visto il rischio di non poter poi partecipare al concorso con gli altri creditori qualora l'operazione sia ancora perseguibile nonostante l'apertura del fallimento e la curatela decida di subentrare. Si verifica, cioè, una situazione di doppio rischio sia per la curatela, chiamata, con l'ausilio del comitato dei creditori, ad effettuare una valutazione imprenditoriale prognostica che tenga conto degli interessi della massa fallimentare e della effettiva possibilità di portare a termine l'operazione, sia per i creditori che dal subentro potrebbero essere addirittura maggiormente pregiudicati rispetto a quanto avverrebbe in caso di interruzione del rapporto. La differente disciplina è verosimilmente legata alla fonte della continuazione del rapporto o dell'opera (subentro del curatore, ovvero continuazione dell'opera da parte del finanziatore o del terzo), ma su un piano meramente equitativo sembra lasciar spazio ad alcune perplessità. È altresì vero che come già specificato i finanziamenti destinati verrebbero probabilmente accompagnati da garanzie della società che, quindi, finirebbe comunque per essere responsabile con il proprio patrimonio non "destinato" nella ipotesi in cui vi fosse un subentro da parte della curatela nel complessivo rapporto di finanziamento.

4. La richiesta del finanziatore di continuare l'operazione in proprio o tramite terzi. I risvolti pratici della norma

Il terzo comma dell'articolo 72 *ter* LF prevede che laddove il fallimento non pregiudichi la possibilità di proseguire l'operazione e, quindi, non imponga lo scioglimento del rapporto, e qualora il curatore decida di non subentrare nel contratto in luogo della società fallita, il finanziatore abbia la facoltà di rivolgersi al giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, per continuare l'operazione in proprio, ovvero perché questa venga affidata a terzi, garantendogli i proventi dell'affare e precisando che l'eventuale credito residuo costituirà oggetto di insinuazione allo stato passivo in via chirografaria[42].

È appena il caso di sottolineare come l'articolo 72 *ter* LF fissi delle notevoli differenze con riguardo alla posizione della curatela e quella del finanziatore (o dei finanziatori).

In primo luogo, come già sottolineato, l'istanza del finanziatore può essere esperita solo qualora la curatela, pur avendo valutato positivamente la possibilità di completare o continuare l'operazione abbia deciso di non subentrare nel contratto ovvero, almeno in ipotesi, qualora abbia ritenuto che l'operazione non possa essere continuata e tramite un reclamo ex art. 36 LF venga accertato con decreto del giudice delegato il contrario.

In secondo luogo, la dottrina ha esattamente osservato il differente trattamento previsto dal 2 e dal 3 co. dell'articolo in esame. Nel primo caso la curatela subentra nel contratto, nel secondo, il finanziatore o i finanziatori hanno la possibilità di continuare l'operazione direttamente o tramite un terzo[43]. L'obiettivo perseguito dal legislatore sembra, però, essere il medesimo e cioè quello di preservare l'iniziativa finanziata mantenendo le posizioni e le garanzie dei creditori particolari del finanziamento[44].

In terzo luogo, il procedimento adottato muta in maniera significativa. L'istanza del finanziatore è sottoposta al giudice delegato che potrà accoglierla sentito il comitato dei creditori. In tale ipotesi, dunque, il curatore non è preso in considerazione e del resto le ragioni appaiono ovvie. Si tratta, infatti, di compiere non tanto un atto volto a proseguire il rapporto contrattuale secondo quanto generalmente previsto dalla disciplina che regola gli effetti del finanziamento sui contratti pendenti, quanto piuttosto di conferire una sorta di delega nella gestione di un bene o comunque di una operazione ancora facente capo alla massa fallimentare.[45]

La norma introduce una novità di non poco momento e sembra rappresentare un elemento innovativo che tende a proporre una soluzione rispetto ad iniziative di valore che per diverse ragioni non possono essere completate dalla curatela. L'inten-

[42] Spiotta, *op. cit.* 1171; Paluchowski, *op. cit.,* 818; Comporti, *op. cit.*, 445.
[43] Catalano, *op. cit.* 445; Cavallaro, *op. cit.,* 507; Comporti *sub art. 72 ter*, *op. cit.*, 445; Spiotta, *op. cit.,* 1168.
[44] *Ibidem*
[45] Lazzara, *sub art. 72 ter*, in *Il nuovo fallimento*, Santangeli (a cura di), Milano 2006, 341.

to, tuttavia, non sembra di agevole realizzazione ove si considerino i molteplici margini di incertezza legati allo schema in questione e che solo in parte sembrano suscettibili di soluzioni effettivamente praticabili.

Va, anzitutto, considerata l'ipotesi in cui l'operazione sia finanziata da diversi soggetti. La dottrina si è interrogata sul punto giungendo alla corretta conclusione che ciascuno dei creditori potrebbe effettuare una diversa valutazione e che non tutti i finanziatori siano disponibili ad avanzare la richiesta ex 3 co art. 73 *ter* LF[46]. In caso di diverse richieste poi le decisioni del giudice delegato potrebbero essere non necessariamente conformi e si presume che debbano tener conto del complessivo progetto da realizzare e del fabbisogno finanziario necessario, nonché delle garanzie offerte per il completamento al fine di assicurare il rimborso del finanziamento[47].

Il tema può trovare, tuttavia, risposta negli schemi contrattuali normalmente adottati nelle operazioni, come quelle di finanziamento destinato, di finanza strutturata. È, infatti, usuale che la presenza di diversi finanziatori richieda la stipula di una convenzione interbancaria (meglio conosciuta nella prassi come contratto *intercreditor*) che disciplina in modo unitario le condotte dei singoli finanziatori evitando, quindi, iniziative isolate. Tali schemi contrattuali[48] hanno il compito di regolare un numero consistente dei diritti spettanti ai finanziatori. Dalla priorità nei pagamenti, alle maggioranze richieste per la escussione delle garanzie ovvero per il rilascio di consensi, ovvero per la modifica dei termini contrattuali, fino alla modalità per intraprendere azioni giudiziali (o astenersi dall'adottarle) sia in sede ordinaria che concorsuale. Ne discende che una accurata struttura contrattuale dovrebbe essere ragionevolmente in grado di prevenire una condotta non unitaria da parte dei creditori che verosimilmente chiederanno di procedere alla continuazione dell'opera solo qualora le maggioranze richieste dalla convenzione interbancaria lo consentano[49].

---

[46] Catalano, *op. cit.*, 442.

[47] Non si trascuri a questo riguardo che nella ipotesi di cui al co. 3 della norma i finanziatori in caso di prosecuzione dell'opera hanno diritto di insinuarsi al passivo anche per le somme non soddisfatte con i proventi dell'affare sebbene concorrendo in tal caso con gli altri creditori in via chirografaria, salva la esistenza di garanzie già offerte in sede contrattuale.

[48] Non risultano approfondimenti sulla natura di tali schemi contrattuali che presentano al contrario profili di notevole interesse giuridico. Sui c.d. accordi di postergazione, che costituiscono solo uno dei molteplici aspetti dei contratti *intercreditor*, si vedano Portale, *Ricapitalizzazione delle banche e strumenti alternativi di finanziamento*, Lezione tenuta il 28 novembre 1981 nel Corso dedicato ai Problemi di riforma della legge bancaria presso la Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Catania (inedito); *Id.*, *Prestiti "subordinati" e prestiti "irredimibili, (appunti)*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1996, 4; Tullio, *La postergazione*, Padova 2009; Costi, *La riforma delle Casse di Risparmio: problemi giuridici, in Giur. comm.* 1982, I, 461 ss.; Campobasso, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, in *Giur. comm*. 1983, I, 123; Maugeri, *Sul regime concorsuale dei finanziamenti*, in *Giur. comm*., 2010, 821; Quatraro – Giorgetti – Fumagalli, *Revocatoria ordinaria e fallimentare. Azioni surrogatoria*, Milano 2009, 1999.

[49] Diverso è il tema se la banca eventualmente dissenziente sia in grado di opporsi a tale scelta e se abbia dun-

La norma, inoltre, prevede espressamente che il finanziatore, a fronte dell'autorizzazione ricevuta, possa realizzare o continuare l'operazione in proprio o affidandola a terzi. Il precetto è sicuramente innovativo e sembra, in qualche modo, dare spazio a quel diritto di *step in* tipico dei contratti di *project financing* in cui si prevede la possibilità del finanziatore in presenza delle difficoltà finanziarie incontrate dalla società progetto ed in considerazione del rischio creditizio assunto dai finanziatori di proseguire l'opera mediante trasferimento di tutto l'insieme dei contratti anche se del caso mediante accollo del debito già maturato in capo ad una nuova società progetto[50].

Il legislatore ha, tuttavia, adottato un approccio diverso che non manca di sollevare temi interpretativi di particolare complessità. Va, infatti, in primo luogo identificata la modalità attraverso cui il finanziatore possa continuare l'operazione.

A prescindere dalla circostanza che appare quantomeno improbabile che un finanziatore o un gruppo di finanziatori possano effettivamente svolgere tale attività che non sarebbe qualificabile come finanziaria[51], vi è da identificare la natura giuridica dello schema negoziale adottabile in un caso del genere. Parte della dottrina[52] ritiene che in tal caso si darebbe luogo ad una novazione (riteniamo oggettiva) del rapporto in essere che dunque farebbe capo al nuovo soggetto incaricato ex art. 72 *ter* co. 3 LF. La interpretazione, tuttavia, ha stimolato una serie di riflessioni. La novazione del rapporto rischierebbe di travolgere le garanzie esistenti che non fossero preservate ex art. 1232 cod. civ. ed in ogni caso non risolverebbe né il problema del finanziamento (che continuerebbe a far capo alla società fallita) né potrebbe configurare lo spossessamento dei beni che la norma non sembra contemplare[53].

Di converso è stato ritenuto che il legislatore abbia più semplicemente ritenuto che attraverso l'autorizzazione del giudice delegato possa essere conferito un mandato *in rem propriam* a favore del soggetto che intendesse continuare l'operazione e che, di conseguenza, non si verificherebbe né lo spossessamento dei beni né verrebbe

que la legittimazione a disattendere la richiesta formulata dalla maggioranza. Vi è da dire sul punto che ipotesi di questo tipo postulerebbero l'unanimità dei consensi trattandosi di una fattispecie invero eccezionale al pari di quella che prevede la modifica dell'interesse applicabile ovvero delle garanzie.

50 Ed invero questo sembrerebbe lo schema preferibile anche in caso di fallimento in quanto consentirebbe, una volta accertata la possibilità di continuare l'opera ed escluso il subentro, di eliminare un debito della società fallita e monetizzare il trasferimento dei contratti in essere. Ovviamente tale schema dovrebbe essere posto in essere in conformità alle disposizioni della LF riguardanti la dismissione di beni ed ovviamente farebbe parte di un piano di liquidazione ex art. 104 *ter* LF.

51 A titolo di mera ipotesi si potrebbe immaginare che i finanziatori possano acquisire una partecipazione in una società, magari partecipata anche da altri imprenditori, che si faccia carico di realizzare l'operazione, anche se questa ipotesi non elimina in radice gli altri aspetti problematici delineati nel testo.

52 Spiotta, *op. cit*. 1171; Cavallaro, *op. cit.* 507; Gatti, *Finanziamenti destinati e procedure concorsuali*, *op. cit.*, 255.

53 Su questi profili si vedano le riflessioni di Catalano, *sub art. 72 ter LF, i contratti di finanziamento di uno specifico affare ed il fallimento della società sovvenuta*, *op. cit.*

meno un obbligo di rendiconto nei confronti del fallimento da parte del mandatario. Ancorché tale ricostruzione sia più aderente al testo normativo resta che anche in tal caso via siano una serie di dubbi non agevolmente risolubili.

È, infatti, importante considerare che il finanziatore o il terzo assumerebbero in tal caso un obbligo nei confronti del fallimento con le conseguenti responsabilità che da esso potrebbero derivare[54]; circostanza che di per sé potrebbe scoraggiare tali iniziative. Inoltre, il mandatario dovrebbe essere ragionevolmente remunerato e, nei casi di realizzazioni di opere, fungerebbe in buona sostanza da *project monitor* intermediando la posizione del titolare dell'opera (i.e. il fallimento) con quella dei singoli soggetti incaricati di svolgere le varie attività (ad esempio gli appaltatori). La circostanza potrebbe, quindi, appesantire ancor di più gli oneri economici dell'intero progetto. In più, come esattamente osservato, in tale contesto si dovrebbe verificare se i singoli contratti necessari alla realizzazione dell'opera ed al suo sfruttamento (e.g., contratti di appalto, polizze assicurative, contratti preliminari, preliminari di locazione)[55] siano ancora efficaci ai sensi di quanto previsto dagli artt. 72 e segg. LF, rendendo, dunque, la situazione estremamente più articolata. Infine, il finanziamento sarebbe comunque ancora in capo alla società fallita e, come specificato di seguito, i finanziatori potrebbero insinuarsi al passivo del fallimento in via chirografaria per le somme eccedenti quelle rimborsate tramite i proventi dell'affare.

Ne discende che l'ipotesi del co. 3, sebbene suggestiva, risulti di non agevole percorribilità o comunque richieda uno sforzo ricostruttivo ed una coincidenza di interessi non semplice da rinvenire. Di contro, ancorché rappresenti uno schema alternativo a quello ipotizzato, si potrebbe immaginare che in assenza di subentro della curatela l'operazione continui per il tramite di un accollo del debito da parte di altra società (magari costituita *ad hoc* per realizzare l'opera) che dovrà subentrare nei contratti di riferimento (ovvero stipularne di nuovi) ed anche ove necessario acquisire i beni strumentali sino a quel momento realizzati dalla società fallita[56]. Ovviamente, tale ipotesi richiede che venga posta in essere nell'ambito di un piano di liquidazione ex art. 104 *ter* LF trattandosi di atti di dismissione di beni della massa.

Una ulteriore considerazione merita di essere formulata con riguardo al trattamento dei crediti dei finanziatori nell'ipotesi di cui al co. 3 della norma. Questa, infatti, stabilisce che nella ipotesi di prosecuzione dell'opera il finanziatore avrà la possibilità (analogamente a quanto previsto nel caso in cui la valutazione abbia esito negativo) di insinuarsi in via chirografaria per il credito non coperto dal rimborso effettuato tramite i proventi. Ci si è, tuttavia, interrogati se in tale ipotesi la doman-

[54] Tale argomento dovrebbe di per sé escludere che una banca sia disponibile ad assumere tale ruolo.

[55] Cfr. gli spunti di Catalano, *op. cit.* e Niutta, *I patrimoni e finanziamenti destinati*, Milano 2006.

[56] Per la proposta di alcuni schemi alternativi si veda Gatti, *Finanziamenti destinati e procedure concorsuali,* cit. 255.

da di insinuazione del credito nella procedura, che si svolge anche nel corso della continuazione dell'opera finanziata, possa essere effettuata solo una volta decorso il termine per il rimborso, giungendo alla conclusione che la domanda dovrà verosimilmente essere formulata in forma condizionata essendo il credito insinuabile pari alla differenza tra le somme dovute ai sensi del contratto di finanziamento e gli importi rimborsati a valere sui proventi frutto dell'operazione.[57]

Ulteriore conseguenza della continuazione dell'operazione è che seguiranno a trovare applicazione le disposizioni di cui all'articolo 2447 *decies* cod.civ. co. 3, 4 e 5 con il mantenimento del regime di separazione patrimoniale. Ciò implicherebbe che i proventi della operazione continuino a costituire un patrimonio separato rispetto a quello della società nonché da quello relativo a ogni altra operazione di finanziamento, con l'obbligo di mantenere una contabilizzazione separata ed una adeguata segregazione dei flussi[58].

Si è rilevato in dottrina[59] che il co. 4 dell'art. 72 *ter LF,* nel richiamare l'applicazione del terzo, quarto e quinto comma dell'articolo 2447 *decies* cod. civ.*,* non preveda tuttavia un limite temporale di applicazione degli stessi. Si è ritenuto ragionevole[60] ritenere che la destinazione impressa ai proventi e ai beni strumentali all'operazione, duri fino alla definizione dell'affare da parte del curatore o del finanziatore, al fine di consentire la chiusura del fallimento.

5. Lo scioglimento del contratto. Articolo 2447 *decies* co 6 cod.civ.: profili problematici del rinvio

Ai sensi del primo comma dell'articolo 72 *ter* LF, dunque, il fallimento della società determina lo scioglimento del contratto di finanziamento destinato solo nell'ipotesi in cui la procedura concorsuale incida a tal punto nella prosecuzione dell'operazione rendendola impossibile, ovvero nel caso in cui il curatore decida di non subentrare nel contratto, né venga fatta richiesta dal finanziatore di proseguirlo in proprio o di affidarlo a un terzo. In tale ipotesi, dunque, troverebbe applicazione l'art. 2447 *decies* cod. civ.[61] Verrà, dunque, meno il divieto per i creditori di porre in essere azioni esecutive sui

[57] Comporti, *op. cit*., 444.

[58] Per le tecniche contrattuali di segregazione dei flussi si veda *supra* nota 1.

[59] Spiotta, op. cit. 1174; A. Paluchowsky, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, *op. cit.*,819.

[60] Comporti, *op. cit.*, 447.

[61] Vale la pena di sottolineare che in linea di principio lo scioglimento del rapporto potrebbe verificarsi anche qualora la valutazione in ordine alla continuazione dell'opera abbia dato esito positivo ma né il curatore abbia deciso di subentrare nel contratto né si sia dato corso, o per assenza di richiesta o per diniego di autorizzazione, alla continuazione dell'opera a cura del finanziatore o di terzi. A rigore tuttavia il disposto della lettera del primo comma sembrerebbe prevedere lo scioglimento del rapporto solo nel caso in cui il fallimen-

beni strumentali all'operazione ed il finanziatore avrà diritto di a insinuarsi al passivo per l'ammontare dell'intero credito, da considerarsi al netto delle somme già ricevute.[62]

Il rinvio operato dall'articolo 72 *ter* LF alla disciplina del codice civile non è privo di risvolti problematici.

Quanto alla cessazione del divieto di porre in essere azioni esecutive sui beni strumentali, la lettera della norma sembrerebbe consentire, almeno in linea di principio, azioni esecutive individuali da parte dei creditori, in spregio del disposto di cui all'articolo 51 LF. La dottrina sembra, tuttavia, unanime nel ritenere che siffatto rinvio non può derogare ad un principio generale che tende a salvaguardare la massa fallimentare e che non avrebbe ragione di deroga specie qualora si sia addivenuti ad uno scioglimento del rapporto finanziario dedicato[63].

Quanto al diritto del finanziatore di insinuarsi allo stato passivo della società, la previsione di cui all'articolo 2447 *decies* 6 co. cod. civ sembrerebbe conforme a quanto normalmente si prevede con riguardo ai contratti di durata, limitando il diritto all'insinuazione al credito residuo[64]. Secondo alcuni, però, tale previsione finirebbe per assicurare al finanziatore un trattamento identico a quello degli altri creditori della società, contravvenendo alla logica della destinazione patrimoniale, cioè la previsione del diritto del finanziatore al soddisfacimento esclusivamente sui proventi dell'affare.[65]

Quest'ultima impostazione, ancorché ortodossa nella sua articolazione, non sembra tuttavia suscettibile di pieno accoglimento ove solo si consideri che lo scioglimento del rapporto fa venir meno di fatto la generazione dei proventi con la conseguenza che il credito residuo del creditore particolare non avrebbe di fatto soddisfazione creando così una disuguaglianza di trattamento non giustificabile neanche ove si voglia attribuire una prevalenza di importanza alla segregazione su pro-

to impedisca la conclusione o la realizzazione dell'operazione e non anche nel caso in cui a fronte della positiva valutazione fatta dalla curatela non si sia verificato il subentro o la continuazione da parte del finanziatore. C'è da dire tuttavia che lo stato di quiescenza del contratto può, di fatto, essere interrotto con la continuazione o il subentro non apparendo di contro ipotizzabile una situazione di sospensione cui non faccia seguito una soluzione positiva (subentro o continuazione dell'opera da parte del finanziatore o del terzo) o negativa (scioglimento del rapporto). Peraltro, andrebbe valutato se la soluzione alternativa che preveda un accollo del debito e la continuazione dell'operazione da parte di una nuova società progetto al di fuori dello schema ex art. 72 *ter* LF (si veda *supra par. 4)* sia effettivamente conciliabile con lo scioglimento del rapporto. A ben vedere, tuttavia, l'accollo del debito da parte del nuovo soggetto consentirebbe di mutare soggettivamente dal lato passivo il rapporto e prevedere un nuovo assetto contrattuale che rimetta anche in termini la posizione del nuovo debitore. Ovviamente per il tramite di una serie di contratti collegati di cui l'accollo e la rinegoziazione del contratto di finanziamento dovrebbero far parte.

62 Bozza, *op. cit.,* 185.

63 *Ex plurimis*, Comporti, *op. cit*. 447; Spiotta, *op. cit.*, 1176; Vincre, *op. cit*. 143; Catalano, *op. cit.* 447.

64 Bozza, *op. cit.*, 185.

65 Ciampi, *op. cit.* 1214.

venti esistenti operante ante fallimento. D'altro canto, tale impostazione, ove applicata in modo coerente dovrebbe sostenere la applicabilità della segregazione anche in costanza di fallimento, peraltro con riguardo a proventi che sarebbero di difficile se non impossibile realizzazione.

6. La revocatoria dei pagamenti

Un ultima breve considerazione va formulata con riguardo alla sorte dei pagamenti effettuati a titolo di rimborso del finanziamento destinato. Non v'è dubbio, infatti, che la presenza della segregazione civilistica consenta di poter ritenere che gli adempimenti delle obbligazioni pecuniarie derivanti dal contratto di finanziamento, pur in assenza di una specifica esenzione ex articolo 67 LF, permetta di trattare i medesimi in maniera diversa dai pagamenti ordinari. Invero la dottrina, pronunciandosi sul punto, ha ritenuto che tali pagamenti non debbano essere considerati parte della massa fallimentare, non solo nelle ipotesi di cui ai co. 2 e 3 dell'articolo 72 *ter* LF, ma anche nel caso di cui al co. 5[66]. La presenza della destinazione patrimoniale consentirebbe, in altre parole, di non considerare tali importi apprendibili alla massa in quanto facenti parte di un patrimonio riservato alla soddisfazione dei crediti ben identificati (i.e. quelli del creditore particolare).

Diversa, invece, potrebbe essere l'impostazione sia con riguardo al contratto in sé considerato, sia con riguardo alle eventuali garanzie rilasciate dalla società in tale ambito, sia infine per i pagamenti effettuati in forza di siffatte garanzie. In tale ipotesi, invero, sarebbe comunque verosimilmente applicabile l'articolo 67 LF e ciascuna delle suindicate fattispecie dovrebbe essere trattata tenendo conto della disciplina relativa alla revocatoria.

Non è da sottovalutare che operazioni di finanza strutturata richiedono sovente un articolato impianto di garanzie e, come dianzi già indicato, non sarebbe inusuale che la società, poi dichiarata fallita, avesse concesso le ulteriori garanzie di cui all'articolo 2447 *decies* lett. d) e g), specie ove si consideri che la componente finanziaria è sempre accompagnata dalla componente di investimento in capitale richiesta all'imprenditore che, nell'ipotesi di finanziamento dedicato, si risolverebbe probabilmente proprio nelle garanzie o negli impegni di versamenti di somme fuori dell'ambito dei proventi dell'affare finanziato.

[66] Catalano, *op. cit, 448.;* Vincre, *Patrimoni destinati e fallimento*, *op. cit*, 143-145.

La selezione del contraente nella valorizzazione dei risultati della ricerca all'interno degli enti pubblici*

di Massimiliano Granieri

1. L'università imprenditoriale

A partire dalla strategia europea di Lisbona e sempre di più nel contesto di Europa 2020, si è ripetutamente insistito sul fatto che le università e gli enti pubblici di ricerca avrebbero dovuto concentrarsi anche sulle attività di trasferimento tecnologico, affiancandole a quelle tradizionali di ricerca e insegnamento. Questa nuova missione, peraltro già ampiamente perseguita su altri continenti, presuppone un parziale allontanamento dall'università di stampo humboltiano e una più marcata adesione al modello della cd. università imprenditoriale, descritta dalla sociologia economica[1].

Quali che siano le motivazioni e le ragioni di opportunità di un siffatto cambiamento, ne discendono conseguenze, sia sul piano strutturale, sia sul piano funzionale. L'università che si ingerisce progressivamente nelle attività di valorizzazione dei risultati della ricerca – più che semplicemente limitarsi a fare ricerca e a trasmettere conoscenza con la formazione – è diversa dal punto di vista organizzativo. Quanto alle modalità di azione, deve selezionare tipologie operative negoziali coerenti con i nuovi obiettivi.

Non sempre, tuttavia, gli strumenti giuridici a disposizione sono coerenti con questo rinnovato quadro istituzionale e si pone allora il problema di comprendere nei vari ambiti quali siano le corrette modalità dell'azione dal punto di vista negoziale e quanto degli istituti preesistenti possa essere mutuato all'interno della nuova missione[2].

* Questo lavoro è destinato agli scritti in onore di Aldo Frignani.

1 H. Etzkowitz, A. Webster, C. Gebhardt, B.R. Cantisano Terra, *The Future of the University of the Future: Evolution of Ivory Tower to Entrepreneurial Paradigm*, in 29 *Research Policy* 313 (2000). M. Schmiemann, J-N. Durvy, *New Approaches to Technology Transfer from Publicly Funded Research*, in 28 *Journal of Technology Transfer* 9 (2003).

2 In particolare, le norme relative alle procedure di cui si avvale la P.A. vengono messe in relazione alla competitività nazionale da P. Ciocca, *"Esperienza giuridica" ed economia: il caso italiano*, in *Economia italiana*,

Un problema piuttosto serio è rappresentato dalle forme con le quali l'ente avente tra le proprie finalità istituzionali l'attività di ricerca possa mettere a disposizione degli attori del mercato i risultati delle proprie attività scientifiche, eventualmente protetti da diritti di proprietà intellettuale. Trattandosi di beni creati e posseduti dall'istituzione e in assenza di normative specifiche, può ipotizzarsi un richiamo ai principi e alle disposizioni che disciplinano l'attività negoziale della pubblica amministrazione. Tuttavia, una acritica estensione di quell'apparato normativo potrebbe rivelare una situazione inadeguata al perseguimento delle finalità consegnate alla moderna università.

2. Il problema della selezione del contraente per l'ente di natura pubblica

Le università e gli enti pubblici di ricerca mettono a disposizione i risultati delle loro ricerche secondo due modalità; tanto nell'ipotesi di modalità cd. *push* (quando è l'ente che offre) quanto nella modalità cd. *pull* (quando è l'impresa che chiede), si pone il problema di capire se, per stipulare un rapporto contrattuale di licenza con un'impresa privata, vadano seguite le regole di natura concorsuale con le quali tipicamente le amministrazioni procedono alla selezione del contraente. È un problema serio perché se, da una parte, ne va della correttezza e della trasparenza della azione amministrativa, dall'altra non si può non osservare che l'adempimento di oneri burocratici produce inevitabili lentezze e ciò finisce per disincentivare le imprese, oltre che contribuire all'obsolescenza della tecnologia. Bisogna, infatti, rendersi conto che l'attività negoziale della pubblica amministrazione quando riguarda diritti di proprietà intellettuale presenta specificità che non consentono – se non al costo di apparire ridicoli – facili assimilazioni. Per esempio, nel verbale di delibera di una giunta amministrativa italiana si legge che, per assicurare il rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione nelle attività di valorizzazione dei brevetti «si ritiene che il rispetto di tali principi possa essere pienamente assicurato attraverso l'applicazione delle norme che regolano *l'alienazione degli immobili* provinciali, ed in particolare dell'articolo 35 della legge (*omissis*), che prevede l'asta pubblica o in alternativa, nelle ipotesi tassativamente indicate dalla legge, la trattativa privata»[3]. Se si obiettasse che, in questo modo, la pubblica amministrazione ha limitato la propria discrezionalità amministrativa, rifacendosi a un paradigma condiviso (relativo

2011, 55 (nel contributo, il riferimento è alle procedure per la realizzazione delle infrastrutture, ma le medesime considerazioni valgono nell'ambito di cui si discorre in queste pagine).

[3] Si tratta del Verbale di deliberazione della Giunta provinciale di Trento, avente ad oggetto la definizione delle modalità e dei criteri di alienazione dei brevetti di proprietà della Provincia e degli enti funzionali ai sensi dell'art. 37-*bis* della legge provinciale 19 luglio 1990, n. 23 (Disciplina dell'attività contrattuale e dell'amministrazione dei beni della Provincia autonoma di Trento), adottata l'8 settembre 2006 (delib. n. 1876).

ai beni fisici), bisognerebbe però ammettere che questa operazione logica presuppone, a sua volta, l'esercizio di discrezionalità amministrativa. E se una amministrazione pubblica ha discrezionalità sufficiente per far somigliare un appartamento uso ufficio a una molecola per la cura di qualche malattia terribile, forse potrebbe individuare argomenti sufficienti per sostenere che la proprietà intellettuale è un bene, sì, con caratteristiche tali che non consentono disinvolte assimilazioni.

Il problema è più serio quando l'amministrazione commercializza la tecnologia in modalità *push*, perché essa rappresenta quella più complessa e faticosa; bisogna essere sicuri di aggiungere soltanto le complicazioni strettamente necessarie alla procedura di commercializzazione e non rifugiarsi dietro la burocrazia come garanzia di una trasparenza che, sovente, è più declamata che reale[4].

Il discorso va affrontato considerando l'attività complessiva dell'ente. L'individuazione di modalità e procedure per la valorizzazione dei risultati della ricerca da parte di un soggetto di natura pubblica che svolga, prevalentemente o parzialmente, attività di ricerca presuppone, infatti, l'individuazione delle tipologie di ricerca che l'ente stesso può, almeno in astratto, condurre. Per ciascuna tipologia sono previste, a livello normativo, diverse conseguenze, in materia di titolarità dei risultati e di procedure da seguire per la valorizzazione, e ciascuna tipologia si presta a diverse considerazioni dal punto di vista dell'efficacia delle attività di trasferimento.

In prima battuta, vengono in rilievo due tipologie di attività di natura privatistica, alle quali fanno occasionalmente riferimento anche le fonti normative nazionali.

In primo luogo, la ricerca svolta dall'ente può essere attività istituzionalmente riconducibile alle fonti (leggi o statuti o altri atti amministrativi) che hanno dato vita all'ente e, in questo senso, "libera", perché condotta sulla base di atti interni di organizzazione o di determinazioni dell'ente stesso, in ossequio alla propria autonomia. Vi rientrano le attività che l'ente svolge sulla base di finanziamenti pubblici (regionali, nazionali, comunitari ecc.) erogati in base a procedure concorsuali o per effetto di convenzioni di varia natura col soggetto finanziatore di natura pubblica[5].

In secondo luogo, vi possono essere attività di ricerca che, pur essendo libere (nel senso di scevre da condizionamenti esterni circa le modalità, le forme e i risultati), vengono non di meno svolte su specifica di un soggetto terzo, sia esso individuo, ovvero impresa, ovvero pubblica amministrazione. Convenzionalmente, si suole de-

[4] Non specificamente con riguardo alla proprietà intellettuale, sono state evidenziate le barriere all'accesso che sussistono addirittura per la partecipazione alle gare pubbliche (cfr. A. Frignani, S. Gambuto, *Le barriere «artificiose» all'accesso al mercato negli appalti pubblici di servizi e forniture: il debole ruolo dell'Agcm*, in *Dir. com. internaz.*, 2006, 553).

[5] Come noto, esiste una significativa quantità di fonti di finanziamento nazionali (per lo più amministrate dal Ministero dell'Università e della Ricerca), alle quali si sono aggiunte le fonti europee (prevalentemente sotto forma di misure erogate in base ai Programmi Quadro).

finire questo tipo di ricerca come "commissionata", a significare l'esistenza di un contraente e di una sua richiesta; normalmente il terzo è interessato alla soluzione di un problema tecnico e, dunque, ai risultati dell'attività. Anche in ragione di questo precipuo interesse, il terzo committente è solitamente un finanziatore o co-finanziatore della ricerca.

In terzo luogo, vi possono essere attività di ricerca liberamente condotta, ma in campi specifici eventualmente individuati da un terzo finanziatore (*sponsor*) coerentemente con la propria natura, del tutto disinteressato ai risultati e al loro sfruttamento e animato per lo più da finalità filantropiche o di supporto alle arti e alle scienze (associazioni, fondazioni ecc.) o più generalmente interessato alle ricadute territoriali dell'attività scientifica come tale o all'avanzamento del sapere umano in un determinato campo. Talvolta si parla convenzionalmente di questo tipo di ricerca come di ricerca "sponsorizzata"[6].

La ricerca, secondo le modalità sopra definite, può essere di varie tipologie, in base a definizioni che si rinvengono principalmente all'interno della disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato alla Ricerca e Sviluppo (R&S)[7]. Ad ogni tipologia sono riconnesse di volta in volta conseguenze disciplinari diverse.

Si definisce "ricerca fondamentale" quella composta di lavori sperimentali o teorici svolti soprattutto per acquisire nuove conoscenze sui fondamenti di fenomeni e di fatti osservabili, senza che siano previste applicazioni o utilizzazioni pratiche dirette.

Si definisce "ricerca industriale" quella pianificata o consistente in indagini critiche miranti ad acquisire nuove conoscenze, da utilizzare per mettere a punto nuovi prodotti, processi o servizi o permettere un notevole miglioramento dei prodotti, processi o servizi esistenti. Essa comprende la creazione di componenti di sistemi complessi necessari per la ricerca industriale.

Sebbene si tenda a dire che la ricerca fondamentale non è produttiva di risultati autonomamente apprezzabili dal punto di vista industriale, è non di meno vero che anche in questo ambito è possibile individuare risultati di ricerca qualificabili come invenzioni dal punto di vista brevettuale e, come tali, suscettibili di formare oggetto di diritti di proprietà intellettuale e suscettibili di autonomo sfruttamento. Del resto, è stato più volte osservato che, in alcuni settori, la distanza tra ricerca fondamentale e ricerca industriale dal punto di vista dei risultati è ormai poco più che una convenzione[8].

[6] Sulle tipologie di ricerca menzionate nel testo e le conseguenze relative all'appartenenza dei risultati, sia consentito il rinvio a M. Granieri, *Invenzioni accademiche e trasferimento tecnologico*, Bologna, 2010, 145 ss.

[7] Comunicazione della Commissione del 2006 in materia di aiuti di stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (2006/C 323/01).

[8] Secondo alcuni autori si tratta di un effetto pregiudizievole causato dalle pressioni esterne (di tipo commerciale) al mondo della ricerca; cfr. R.S. Eisenberg, *Patents and technology transfer in government-sponsored re-*

Che si tratti di ricerca fondamentale o industriale, quando la relativa attività è svolta in regime di ricerca libera, essa non è preceduta da attività negoziale dell'ente, nel senso che non esiste, a monte del rapporto di ricerca, un contratto (qualce che sia la sua qualificazione) mediante il quale l'ente viene incaricato da terzi di svolgere una certa indagine scientifica[9]; in questo senso, in effetti, sarebbe giustificata la qualificazione di ricerca 'libera'. A valle delle due tipologie di ricerca (fondamentale e industriale), svolte in modo autonomo, possono invece configurarsi risultati che l'ente può eventualmente proteggere mediante diritti di proprietà intellettuale e sfruttare, dal punto di vista commerciale, mediante un'attività negoziale rappresentata da (*a*) cessione (dietro corrispettivo) del diritto di proprietà intellettuale, a titolo di vendita, oppure trasferimento a titolo gratuito, oppure in cambio di prestazioni di natura non monetaria; (*b*) concessione di licenza (per lo più onerosa) del diritto di proprietà intellettuale; (*c*) conferimento (in senso tecnico, ovvero mediante cessione o licenza) in impresa di nuova costituzione, con eventuale partecipazione dell'ente (spin-off)[10].

In questi casi, l'attività negoziale è soltanto successiva e situata a valle dell'attività di ricerca e interessa non tanto le competenze dell'ente, quanto i risultati di ricerche concluse o avviate e in via di conclusione.

Al regime della ricerca libera può assimilarsi quello della ricerca sponsorizzata, salvo verifica delle eventuali condizioni eventualmente imposte dallo sponsor in ordine al godimento e alla diffusione dei risultati della ricerca presso il pubblico; talvolta lo sponsor è preoccupato più della massima diffusione dei risultati che non del loro impiego in campo industriale. Talaltra, sono imposti vincoli preferenziali allo sfruttamento locale.

La ricerca cd. commissionata può anche essere fondamentale, ma ha per lo più le caratteristiche di quella industriale, posto che il committente ha tipicamente un bisogno tecnologico che la ricerca dovrebbe contribuire a soddisfare mediante l'individuazione di una certa soluzione tecnica. Essa può essere diretta allo "sviluppo

search, 82 *Virginia Law Review* 1663, 1726 (1996) e, tra gli economisti, R.R. Nelson, *Observations on the post-Bayh-Dole rise of patenting at American universities*, 26 *Journal of Technology Transfer* 13, 16 (2001).

9 Può esistere, però, un contratto (talvolta definito *funding agreement*) con il quale viene disciplinata l'erogazione in denaro all'ente che svolge ricerca da parte dell'ente finanziatore.

10 Non esiste una definizione condivisa di impresa *spin-off*, salvo il riferimento contenuto nell'art. 3, comma 1, lett. b) del decreto legislativo 297/1999, nel quale si dice che sono ammesse a finanziamento «le attività di ricerca industriale, sviluppo precompetitivo, diffusione di tecnologie, fino all'avvio e comunque finalizzate a nuove iniziative economiche ad alto contenuto tecnologico, per l'utilizzazione industriale dei risultati della ricerca da parte di soggetti assimilati in fase d'avvio, su progetto o programma presentato anche da coloro che si impegnano a costituire o a concorrere alla nuova società». In dottrina, cfr. P. Zanelli, *Nuovi percorsi dalla ricerca all'impresa: l'esperienza di spin-off intrapresa dall'università di Bologna*, in *Contratto e impr.*, 2000, 1461.

sperimentale", inteso come acquisizione, combinazione, strutturazione e utilizzo delle conoscenze e capacità esistenti di natura scientifica, tecnologica, commerciale e altro, allo scopo di produrre piani, progetti o disegni per prodotti, processi o servizi nuovi, modificati o migliorati. Rientra nello sviluppo sperimentale la realizzazione di prototipi utilizzabili per scopi commerciali e di progetti pilota destinati a esperimenti tecnologici e/o commerciali, quando il prototipo è necessariamente il prodotto commerciale finale e il suo costo di fabbricazione è troppo elevato per poterlo usare soltanto a fini di dimostrazione o di convalida[11].

A differenza della ricerca libera, la ricerca commissionata è preceduta da un'attività negoziale (quindi, a monte) dell'ente, mediante la quale esso si vincola allo svolgimento dell'attività stessa, assumendo le obbligazioni di mezzi e di risultati richieste dal committente. L'attività negoziale è solitamente preordinata alla definizione dell'oggetto della ricerca, alla determinazione del corrispettivo o del co-finanziamento erogato dal terzo committente, nonché alla individuazione del regime dei risultati, inteso come titolarità ed esercizio dei relativi diritti di proprietà intellettuale. L'attività negoziale a valle della ricerca deve considerarsi esecutiva di quanto stabilito a monte e sarà rappresentata da varie tipologie contrattuali mediante le quali il committente si assicura l'accesso ai risultati (mediante cessione, ovvero licenza, per lo più esclusiva, quanto meno con riferimento al campo d'uso di suo interesse).

La giurisprudenza ha chiarito che, quando l'attività inventiva è dedotta in un contratto di lavoro autonomo (quale potrebbe essere quello con un ente o suo personale di ricerca), salvo diverso accordo l'acquisizione dei diritti patrimoniali relativi allo sfruttamento dell'opera avviene originariamente in capo al committente che assume i relativi costi e il rischio economico dell'attività di ricerca[12].

Va soltanto incidentalmente ricordato che, dal punto di vista del riparto delle competenze tra stato e regioni (e province autonome), la materia della ricerca scientifica e tecnologica è tra quelle rientranti nell'art. 117, come modificato a seguito della riforma del Titolo II della Costituzione italiana. In questo contesto, la disciplina della ricerca scientifica e tecnologica è materia di competenza concorrente, nel quadro dei principi direttivi fissati dallo Stato[13]. La giurisprudenza e la dottrina tendono ad adottare una distinzione tra (*a*) ricerca strumentale e (*b*) ricerca non strumentale, facendo

[11] È chiaro che la presenza di prototipi tra i risultati della ricerca denota un tipo di attività non più di base, ma di progressivo avvicinamento al mercato. Come chiarito da Trib. I grado Comunità europee 27 settembre 2000, n. 184/97, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1881 (in motivazione), è pacifico che la realizzazione di progetti pilota o di dimostrazione costituisce generalmente l'ultima fase del processo di ricerca e sviluppo che precede l'attuazione industriale su più larga scala dei risultati di ricerche.

[12] T. Vicenza 21 maggio 2002, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Brevetti*, n. 38, per esteso in *Giurisprudenza di diritto industriale*, 2002, 893.

[13] Con i chiarimenti contenuti nella decisione della Corte cost. 26 gennaio 2005, n. 31, in *Foro it.*, 2005, I, 2933.

rientrare nella prima quella che i soggetti titolari di funzioni pubbliche (pubblica amministrazione a qualsiasi livello) richiedono per il soddisfacimento di proprie esigenze conoscitive tecniche o per il miglioramento delle modalità di espletamento delle proprie funzioni[14]. La ricerca non strumentale – a sua volta distinta in ricerca "libera" e ricerca "programmata" – è da intendersi, invece, come ricerca condotta dagli enti di ricerca all'interno delle proprie finalità di avanzamento della scienza. Per dovere di chiarezza, sebbene si possano talora registrare sovrapposizioni tra queste definizioni di natura convenzionale (per esempio, nella misura in cui la ricerca strumentale è ricerca commissionata dalla P.A.), il segmento di cui qui si tratta coincide quasi del tutto con la ricerca cd. non strumentale dell'ente.

Segue. Qualificazione dell'attività negoziale dell'ente (a valle e a monte)

La distinzione tra attività negoziale a monte e a valle è resa necessaria dai diversi regimi giuridici mediante i quali l'ente pubblico di ricerca può legarsi a terzi, anche di natura privata, come sono tipicamente le imprese committenti.

L'attività negoziale a monte è diretta a instaurare un rapporto nel quale l'ente svolge una prestazione, normalmente retribuita, di ricerca. La giurisprudenza ha ricondotto questa fattispecie per lo più all'appalto di servizi, nel quale l'ente è il soggetto incaricato di svolgere l'attività appaltata, ovvero al contratto d'opera intellettuale, riferibile all'art. 2230 del codice civile. Ciò ha conseguenze, per esempio, anche dal punto di vista dell'applicazione dell'imposta di registro sui relativi contratti[15].

In nessuna delle due ipotesi ricostruttive qui richiamate l'ente o l'individuo acquistano beni, servizi o diritti da terzi, essendo piuttosto essi stessi i fornitori a terzi di un particolare servizio. Ne consegue che, in questi casi, non si pone un problema di regole relative alla scelta del contraente, posto che non è l'ente a scegliere, ma è esso stesso ad essere scelto, talvolta in regime di competizione concorsuale con altri, dall'appaltante. Quando l'ente è un'università, la relativa capacità negoziale è disciplinata in modo particolare dall'art. 65 (Contratti di ricerca, consulenza e convenzioni di ricerca per conto terzi) del DPR 382/1980[16], in quanto espressione di autonomia organizzativa[17]. Esisteranno, al riguardano, all'interno di ciascuna amministrazione, regolamenti centrali o dipartimentali che disciplinano le varie moda-

[14] G. Fares, *Ricerca scientifica ed innovazione tecnologica nel nuovo riparto di competenze fra stato e regioni*, in *Giur. it.*, 2005, 1795.

[15] Cfr. Commiss. trib. centrale 12 dicembre 2000, n. 7349, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Registro*, n. 157, per esteso in *Fisco*, 2001, 2309.

[16] Cfr. D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, in *G.U.* n. 309 del 31 luglio 1980 (supplemento ordinario).

[17] Senza voler entrare nel merito, va detto che siffatte previsioni subiranno una revisione per effetto dei cambiamenti organizzativi imposti dall'entrata in vigore della riforma cd. Gelmini.

lità di conduzione dell'attività di ricerca per conto di terzi. Le eventuali obbligazioni in ordine a risultati conseguiti dall'ente nell'esecuzione del contratto devono considerarsi parte integrante del rapporto che lega il committente e l'ente appaltatore.

L'attività negoziale a valle, quando non rappresentata da accordi esecutivi di quanto stabilito nei rapporti a monte, vede invece l'ente titolare dei risultati nella posizione di dover ricercare e selezionare un contraente al quale conferire un vantaggio, consistente nel diritto (a titolo di proprietà o di godimento) di sfruttare commercialmente la proprietà intellettuale sui risultati dell'attività di ricerca, sia pure a fronte di un determinato corrispettivo. Contrariamente a quanto talora ritenuto, la negoziazione in questo caso è diretta all'individuazione di un contraente ai fini di instaurazione di un contratto che non può qualificarsi come contratto di appalto. In altre parole, nei contratti per la valorizzazione della proprietà intellettuale, l'ente pubblico di ricerca non compra e, di conseguenza, non paga per il servizio. Esso, piuttosto, concede un diritto e riceve un corrispettivo in cambio.

Siffatta ultima precisazione è decisiva per l'individuazione delle procedure di valorizzazione dei risultati di ricerca perché, pur determinando l'applicazione di alcuni principi comuni anche alla materia dei contratti pubblici, non di meno non comporta l'applicazione delle norme relative alla selezione del contraente tipiche degli appalti pubblici di servizi. Ne consegue, in prima battuta, che le norme sulla procedura di gara non dovrebbero trovare applicazione nel caso in cui l'ente voglia affidare lo sfruttamento di diritti di proprietà intellettuale a terzi. Come la giurisprudenza anche recentemente ha affermato, fondamento della disciplina sulle procedure ad evidenza pubblica è la tutela della concorrenza, intesa come procedimento di selezione di un soggetto che possa offrire i suoi prodotti e/o i suoi servizi, secondo standard qualitativi e di prezzo migliori rispetto a quelli di eventuali altri soggetti[18].

D'altra parte, è facile rendersi conto che, per l'oggetto stesso del contratto (cessione o licenza) che l'ente intende concludere con terzi, sarebbe virtualmente impossibile predeterminare a monte gli elementi essenziali perché un eventuale bando di gara non sia incompleto e, dunque, fonte di enormi poteri discrezionali in capo all'ente procedente.

3. Vincoli di sistema e regole di procedura

Una volta esaminate le tipologie di attività che l'ente pubblico di ricerca può svolgere e chiarito che l'attività di valorizzazione dei risultati della ricerca non è assimilabile a quella diretta alla instaurazione di un rapporto di appalto di servizi, resta da chia-

[18] Cfr. Corte cost. 6 novembre 2009, n. 283, in *Foro it.*, 2010, I, 35 (in motivazione).

rire quali siano le regole e i principi che presiedono alla selezione del contraente nei contratti aventi ad oggetto lo sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale.

Il decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006, come modificato dal D.L. 12 maggio 2006, n. 173, dal Decreto legislativo 26 gennaio 2007 n. 6, dal Decreto legislativo 31.07.2007 n. 113 e dal Decreto Legislativo 11 settembre 2008, n. 152 (Codice degli appalti), trova applicazione, a mente dell'art. 1, soltanto nei contratti delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori, aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere (art. 1, comma 1). Come ora evidente, in base a quanto discusso nel paragrafo precedente, l'attività negoziale dell'ente di natura pubblica con la quale viene concesso lo sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale non rientra in alcun modo nel campo di applicazione così individuato. Lo conferma, tra l'altro, la definizione di appalto pubblico contenuta nell'art. 3 dello stesso Codice, nella quale è chiarito che l'ente pubblico o di natura pubblica, quando ha bisogno della fornitura di beni o di servizi, è tenuto a dar seguito alle procedure di gara.

La ragione della normativa è evidente: si vuole evitare che, in assenza di un meccanismo concorsuale e concorrenziale, la pubblica amministrazione e le sue varie articolazioni comprino a condizioni diverse e peggiorative rispetto a quelle che verrebbero praticate nei confronti di un privato. Dal momento che con la concessione di licenze o con la cessione di diritti di proprietà intellettuale l'ente non acquista un servizio, bensì concede un diritto d'uso o la titolarità di diritti di proprietà, ne consegue che le norme sulla selezione del contraente previste per gli appalti non trovano applicazione[19].

Potrebbe argomentarsi che l'attività con la quale l'ente di natura pubblica dispone dei risultati delle ricerca sia assoggettata alle regole del procedimento amministrativo, di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, con le modifiche introdotte dalla Legge 11 febbraio 2005, n. 15, dal Decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, dalla Legge 2 aprile 2007, n. 40 e dalla Legge 18 giugno 2009, n. 69. A questo proposito, l'art. 1, comma 1-*bis*, prevede che nell'adozione degli atti di natura non autoritativa l'amministrazione agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente. In effetti, il procedimento di valorizzazione si conclude con un atto di natura privatistica, quale la firma del contratto.

Quest'ultima disposizione non può evidentemente significare che non trovano applicazione i principi sul procedimento amministrativo, di cui all'art. 1, comma 1,

[19] Ancora di recente C. Stato, ad. plen. 1° agosto 2011, n. 16, in *Foro it.*, III, (…) ha ribadito che i presupposti di applicazione delle norme sugli appalti hanno natura oggettiva, a nulla valendo il cd. auto-vincolo della stazione appaltante (che richiama nel regolamento di procedura le norme sugli appalti).

della legge citata, che informano l'azione della pubblica amministrazione nelle sue varie articolazioni. Dunque, l'azione complessiva dell'ente che intenda valorizzare i risultati della ricerca deve essere ispirata ai criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza, nonché al rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario[20]. Quest'ultimo richiamo, come si vedrà più oltre, è importante per la compatibilità delle procedure di valorizzazione con le norme in materia di aiuti di stato, di derivazione comunitaria, che sono già state evocate ma che dovranno essere prese in esame più da presso.

Sempre con riguardo alla normativa sul procedimento amministrativo, deve ritenersi che l'attività diretta alla valorizzazione dei risultati della ricerca da parte dell'ente, data la natura pubblica, richieda un provvedimento degli organi competenti che approvano i risultati dell'attività negoziale e autorizzano la firma dei contratti con terzi utilizzatori. L'attività di valorizzazione dei risultati della ricerca appare, dunque, una fattispecie complessa, nella quale l'attività negoziale, di natura privatistica, presuppone un momento anteriore, questo sì di natura provvedimentale, nel quale si estrinseca la volontà dell'ente.

Ciò premesso, la disposizione pertinente in materia di procedimento amministrativo è rappresentata dall'art. 12, relativo alle procedure mediante le quali l'ente procede a conferire vantaggi economici a terze parti. La disposizione prevede che "[l]a concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi".

Non vi è dubbio che la concessione di una licenza su un diritto di privativa o la sua cessione o il suo conferimento rappresentino un modo attraverso il quale l'amministrazione attribuisce un vantaggio di natura economica a un terzo (segnatamente, un diritto di esclusiva). La norma fornisce anche indicazioni ulteriori sui vincoli ai quali, in linea di principio, si deve ispirare l'azione amministrativa. In particolare, l'ente titolare dovrebbe (*i*) predeterminare – nei limiti del possibile – i criteri e le modalità ai quali attenersi e (*ii*) procedere alla pubblicazione dei medesimi[21]. In

[20] L'ulteriore conseguenza che discende dall'applicazione delle norme sul procedimento amministrativo riguarda la competenza giurisdizionale. Se è vero che, all'interno del contratto, la P.A. e il selezionato contraente possono scegliere il foro (che, in questo caso, sarà una sezione specializzata in proprietà industriale), sempre all'interno della giurisdizione ordinaria, nelle fasi che precedono la conclusione del contratto sarà normalmente competente il giudice amministrativo.

[21] C. Stato, 16 ottobre 1996, n. 2447/95, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Brevetti*, n. 43, ha stabilito che in tema di cessione a titolo oneroso del diritto di utilizzazione dei risultati (che restano di proprietà statale) conseguiti dai contratti di attuazione dei programmi nazionali di ricerca – come tali brevettabili e suscettibili di sfruttamento produttivo – qualora il contraente cessionario non intenda esercitare la prelazione (in caso di

questo modo, è l'ente stesso a stabilire i modi e la misura della limitazione della propria discrezionalità nell'attività di selezione del contraente. Si tratta di spazi che andranno completati dall'università o dall'ente pubblico di ricerca nell'esercizio della propria autonomia organizzativa, mediante opportuni regolamenti[22].

Ulteriore e importante elemento normativo che contribuisce a definire il quadro dei vincoli all'azione degli enti di natura pubblica nella valorizzazione della ricerca è rappresentato dalla Comunicazione della Commissione del 2006 in materia di aiuti di stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (2006/C 323/01), già richiamata[23]. Trattandosi di una Comunicazione, essa esprime soltanto un orientamento della Commissione sull'applicazione del diritto dell'Unione europea a questo delicato segmento dei rapporti università/industria, ma si tratta di un elemento ricostruttivo piuttosto prezioso per le implicazioni di cui si dirà.

La Comunicazione considera l'accesso ai diritti di proprietà intellettuale su risultati di ricerche finanziate con denaro pubblico un potenziale aiuto di stato (indiretto) se questo avviene nei confronti di un soggetto industriale. Il paragrafo 3.2.2. indica le tre condizioni (alternative) entro le quali la Commissione ritiene che la collaborazione in ricerca tra pubblico e privato non integri un aiuto di stato.

La prima di queste è estremamente importante e fa riferimento all'ipotesi che la ricerca sia stata integralmente finanziata dal privato (punto 1). È questa l'ipotesi riconducibile alla ricerca su commissione di cui si è dato conto in precedenza, nella quale la fase della ricerca è preceduta da un'attività negoziale a monte, che disciplina gli aspetti più importanti, quali il finanziamento e la titolarità dei risultati. Casi di ricerca commissionata sono frequenti nei rapporti tra ricerca pubblica e mondo produttivo, rappresentando per la prima una canale di parziale autofinanziamento e per il secondo una fonte di approvvigionamento di innovazione. L'esito della nego-

rinuncia da parte dell'amministrazione all'attualizzazione dell'investimento da essa effettuato a fronte della correlativa rinuncia dell'azienda alla revisione dei costi), la possibilità di acquisto dei diritti da parte di terzi affidatari di quote di attività di ricerca (come anche di terzi non affidatari) deve attenersi – in ossequio al dettato comunitario – alle procedure aperte di gara in modo da assicurare sia la *par condicio* dei concorrenti sia il miglior risultato economico per lo stato.

22 Di fatto è ciò che avviene all'interno dei regolamenti di cui quasi tutti gli atenei italiani e i principali enti di ricerca si sono dotati. In uno studio empirico riguardante l'adozione di siffatti regolamenti da parte degli atenei italiani, M. Sobrero, P. Baldini, R. Grimaldi, *Institutional changes and the commercialization of academic knowledge: a study of Italian universities patenting activities between 1965 and 2002*, in 35 *Research Policy* 518 (2006), hanno osservato un fenomeno di isomorfismo normativo di tipo mimetico, che spiega le ragioni della somiglianza tra le disposizioni che i regolamenti delle varie università mostrano.

23 In *G.U.C.E* C 323 del 30 dicembre 2006, 1. Sui rapporti tra normativa sugli aiuti di stato e attività di ricerca e sviluppo, cfr. M. Orlandi, *Gli aiuti di stato alla ricerca e allo sviluppo nella normativa Cee*, in *Riv. amm.*, 1993, 766, ma per un quadro complessivo sulla materia conviene fare riferimento a A. Biondi, *Gli aiuti di stato*, in A. Frignani, R. Pardolesi (a cura di), *La concorrenza*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, a cura di G. Ajani e G.A. Benacchio, Torino, 2006, spec. 454 ss.

ziazione (a monte) in ordine alla titolarità dei risultati delle ricerche dipende in larga parte dalla forza negoziale dell'ente di ricerca e dalla regola dispositiva che governa la proprietà dei risultati all'interno dei rapporti di lavoro degli enti pubblici aventi finalità prevalentemente di ricerca (cioè rapporti tra l'ente e i suoi dipendenti che svolgeranno in concreto la ricerca). Per rimanere sul piano degli aiuti di stato, se l'industria acquista una prestazione (che in altra parte della Comunicazione è considerata una prestazione di mandato, ma che ha per lo più natura mista) e la paga per intero, il rischio di aiuto di stato non sussiste o è trascurabile.

Nella maggior parte dei casi di ricerca su progetti pubblici (per esempio, PRIN, FIRB, Programmi Quadro ecc.), ovvero fondati su strumenti di carattere generale e programmatico (come gli Accordi di Programma Quadro a livello regionale), il coinvolgimento della parte industriale avviene sulla base di un co-finanziamento di tutti i contraenti, sicché per tutte queste ulteriori ipotesi si pone seriamente il problema dell'aiuto.

Se le attività hanno natura di ricerca fondamentale o industriale (secondo le definizioni fornite in precedenza), il problema si pone se e nella misura in cui l'impresa accede ai risultati che derivano da quella attività che, per ipotesi, vede anche un finanziamento da parte del pubblico (lo stesso ente che svolge la ricerca ovvero un soggetto terzo, quale il Ministero o la Commissione europea). Con riguardo ai risultati, la Comunicazione in parola esclude la configurabilità dell'aiuto quando ricorre anche una sola delle altre due condizioni previste dal paragrafo 3.2.2., e cioè quando (*a*) i risultati suscettibili di formare oggetto di diritti di proprietà intellettuale appartengono in prima battuta all'ente pubblico, ovvero quando (*b*) il privato, al fine di vedersi trasferiti detti risultati, paghi il corrispondente prezzo di mercato.

La prima ipotesi che esclude il rischio di aiuti di stato indica, in realtà, una soluzione allocativa. Mentre per i risultati che non fanno sorgere diritti di proprietà intellettuale deve essere garantita la larga diffusione – coerentemente con la natura pubblica del finanziamento –, per quanto riguarda i diritti di proprietà intellettuale la titolarità deve rimanere in capo all'organismo di ricerca. Quest'ultima previsione va tenuta in considerazione allorché si tratti delle questioni in ordine alla titolarità dei risultati non *tra* enti, ma *negli* enti, vale a dire nei rapporti tra ente datore di lavoro e ricercatore lavoratore[24].

In una nota al paragrafo 3.2.2. si chiarisce che la situazione di titolarità in capo all'organismo pubblico di ricerca vuol dire pieno godimento, in termini di esercizio del diritto e facoltà di concedere licenze. E ciò, prosegue la nota, non esclude che, in un secondo momento l'ente titolare possa "stipulare ulteriori contratti relativi a detti

[24] Per la distinzione tra proprietà tra enti e negli enti sia consentito ancora il rinvio a M. Granieri, *Invenzioni accademiche*, cit., 149.

diritti compreso, in particolare, il diritto di cederli in licenza al suo partner nel progetto di collaborazione". In altri termini, anche se la parte industriale non può essere titolare dei risultati là dove il progetto di ricerca sia co-finanziato (quindi, al di fuori dell'ipotesi prevista dal punto 1 del paragrafo 3.2.2.), può arrivare a godere dei risultati attraverso un negozio successivo (a valle della ricerca) con l'ente pubblico. La formula ("in particolare") sembra fare riferimento ad atti di disposizione diversi quali (oltre alla licenza, menzionata esplicitamente) anche la cessione o il conferimento.

Meno chiaro l'ambito di operatività della terza ipotesi preclusiva della configurabilità di aiuti di stato, la quale ricorre quando l'organismo di ricerca riceve dalle imprese partecipanti al progetto per i risultati "un compenso equivalente al prezzo di mercato (…) e che sono trasferiti alle imprese partecipanti". Siffatta condizione è alternativa alla precedente, come chiarisce lo stesso paragrafo 3.2.2. Tuttavia, è altresì chiaro che essa integra l'altra condizione con un elemento importante e insopprimibile, poiché, se è vero che l'ente può successivamente cedere la titolarità o concedere in licenza il diritto, lo deve fare necessariamente a condizioni di mercato affinché non si configuri l'aiuto. Diversamente, sarebbe sufficiente una cessione a titolo gratuito o simulata e i risultati finirebbero nelle mani del soggetto privato esattamente nello stesso modo in cui accadrebbe se questo potesse esserne titolare all'origine.

Anche con riferimento a questa terza condizione, una nota introduce un chiarimento dalle importanti implicazioni. È noto che il prezzo di mercato della proprietà intellettuale è una grandezza difficilmente determinabile, proprio perché non esiste un mercato dei diritti di proprietà intellettuale sul quale una mano invisibile porti alla determinazione di un prezzo di equilibrio[25]. Pur in assenza di un meccanismo di determinazione dei prezzi, la Commissione ritiene che la condizione del prezzo di mercato sia soddisfatta "se l'ente di ricerca, in qualità di venditore, negozia per ottenere il massimo beneficio al momento della conclusione del contratto".

È bene notare che, invece, la previsione comunitaria da ultimo citata è incompatibile con l'invito rivolto, talora indirettamente, agli enti pubblici di ricerca, universitari e non, a non cercare la massimizzazione dei proventi derivanti dallo sfruttamento della proprietà intellettuale, sempre nel presupposto della natura pubblica del finanziamento e della necessità di un impatto ad ampio raggio dei risultati della ricerca[26]. Il soggetto industriale non ha altro modo di accedere alla proprietà intel-

[25] Gli studiosi di economia e gli aziendalisti hanno dato vista, sul punto, a una letteratura alluvionale, che non è minimamente pensabile ricordare in questo contributo. Un lavoro recente – apprezzabile perché assolutamente consapevole dei risvolti giuridici della valutazione economica – è quello di F. Munari, R. Oriani (a cura di), *The Economic Valuation of Patents. Methods, Application and Cases*, Edward Elgar Publishing, 2011.

[26] Su questo aspetto, specificamente, cfr. punto 6, Allegato I, della Raccomandazione della Commissione del 10 aprile 2008 (cfr., *retro*, nota 2).

lettuale, di cui è titolare l'organismo pubblico di ricerca, se non negoziando; e negoziando perché siano spuntate condizioni di mercato, in assenza delle quali vi sarebbe il rischio che il differenziale tra il corrispettivo convenuto per la licenza (o per la cessione) e quello che si sarebbe ottenuto in una transazione di mercato configuri un aiuto di stato.

Va da sé che, quando si afferma la necessità di una negoziazione volta all'ottenimento del massimo beneficio, si accetta anche che la licenza che consegue alla trattativa sia di natura esclusiva – esattamente come potrebbe avvenire se il negoziato vedesse coinvolti due soggetti privati – poiché quest'ultimo aspetto incide sul prezzo contrattuale e, prima ancora, sulla disponibilità del partner industriale a proseguire una qualsivoglia negoziazione[27]. Emerge già qui, sia pure indirettamente, un indice normativo che rende non del tutto praticabile la direttiva 'politica' che afferma la incompatibilità tra risultati della ricerca pubblica e licenza esclusiva o licenza a condizioni di favore. La licenza deve essere concessa a condizioni di mercato e questo è quanto basta per accettare tutte le conseguenze di una trattativa che mima il mercato.

4. Prime conclusioni sulla selezione del contraente e qualche buona pratica

Il ragionamento sinora seguito consente di tirare le fila del discorso e formulare con ragionevole certezza qualche conclusione su un discorso che manca di affidabili riferimenti normativi proprio in ragione della novità della materia.

I contratti con i quali l'ente di natura pubblica procede a valorizzare i risultati delle proprie ricerche (sopra definiti come contratti "a valle"), siano essi cessioni, licenze o conferimenti aziendali, previa selezione di un contraente, non sono contratti di appalto; non è dunque applicabile la relativa disciplina. L'attività procedimentale dell'ente si svolge in regime di diritto privato, nel rispetto dei principi sul procedimento amministrativo, nonché del principio di trasparenza. Nella valorizzazione economica dei risultati della ricerca, l'ente, in considerazione della natura pubblica dei finanziamenti, deve attenersi alle regole in materia di aiuti di stato, in particolare per quanto riguarda gli aiuti indiretti. Ne consegue la necessità di raggiungere, nei limiti del possibile, accordi a condizioni di mercato. La concessione in licenza esclusiva dei diritti di proprietà intellettuale è compatibile con l'esigenza di concludere accordi con terzi a condizioni di mercato.

[27] L'analisi economica del diritto dei contratti ha da tempo evidenziato come il corrispettivo contrattuale non sia riferito soltanto necessariamente alla controprestazione, ma risponda alle valutazioni di rischio e alla configurazione delle previsioni contrattuali nel complesso. Cfr. R. Pardolesi, *Regole di* default *e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica del diritto dei contratti*, in *Riv. critica dir. privato*, 1996, 451 ss.

È doveroso sottolineare come vi sia uno stretto legame tra i principi a disciplina della pubblicità e della trasparenza e l'esigenza che i contratti per la valorizzazione dei risultati siano conclusi a condizioni di mercato. È noto, infatti – ed è reso esplicito nella Comunicazione sugli aiuti di stato alla ricerca, sviluppo e innovazione –, che un vero e proprio mercato dei diritti di proprietà intellettuale non esiste; il numero delle transazioni è ridotto e i relativi termini contrattuali sono, per lo più, coperti da riservatezza, in considerazione del carattere strategico che ha la tecnologia rispetto alle scelte aziendali. Se ciò è vero, un autentico prezzo concorrenziale non può esistere. Una operazione negoziale a condizioni di mercato avente ad oggetto diritti di proprietà intellettuale è necessariamente soltanto quella per la quale la maggior parte dei soggetti può aver manifestato interesse e nella quale la contrattazione è avvenuta non assumendo condizioni di favore in considerazione della natura di una delle parti (vale a dire, quella finanziata pubblicamente), bensì cercando di "ottenere il massimo beneficio al momento della conclusione del contratto"[28].

Dunque, è necessario che la fase di selezione del contraente sia preceduta da un ragionevole sistema di pubblicità mediante il quale l'ente dovrebbe provvedere, su base quanto meno continuativa, a raccogliere – ove effettivamente disponibili – manifestazioni di interesse da parte di più soggetti predeterminando – a mente dell'art. 12 della legge sul procedimento amministrativo – i criteri e le modalità alle quali si atterrà nella concessione. Ciò presuppone un meccanismo di avviso pubblico e una adeguata divulgazione dei risultati della ricerca di cui l'ente disponga e che possano essere valorizzati mediante contrattazione.

Il sistema dell'avviso pubblico non può essere basato sullo stesso livello di dettaglio contenuto in un bando di gara, perché per definizione gli elementi necessari alla contrattazione (per esempio, livello di *royalty* o base di calcolo della *royalty*) non sono tutti noti al momento della ricerca del contraente, soprattutto quando i diritti di proprietà intellettuale riguardino tecnologie ad ampio raggio di utilizzazione, ovvero tecnologie poco mature, ovvero tecnologie complesse che presuppongono livelli ulteriori di integrazione in beni e servizi altrui[29]. Non potendo l'amministrazione indicare sempre tutti gli elementi del contratto da concludere, è però possibile che essa stessa provveda, nell'avviso pubblico, a indicare tutte le condizioni negative della negoziazione e del futuro contratto, cioè quegli elementi che, come licenziante/cedente non è disposta ad accettare per contrarietà a norme di legge, di

[28] Così la nota 29 della Comunicazione.

[29] Nel senso che la definizione dell'entità del corrispettivo in termini di *royalties* (con un minimo garantito) sul fatturato annuo aziendale non deve essere stabilita in via generale e astratta, bensì determinata di volta in volta in modo da garantire al meglio – anche in riferimento ai valori praticati – l'interesse dello stato in vista del prevedibile volume di affari derivabile dallo sfruttamento economico dei risultati della ricerca, C. Stato, 16 ottobre 1996, n. 2447/95 cit.

statuto o di linee interne di indirizzo generale, così come a valutazioni tecniche (come tali insindacabili, purché adeguatamente pubblicizzate). Naturalmente, alcuni criteri possono dipendere dalle caratteristiche specifiche dei risultati da valorizzare di volta in volta.

A complemento delle valutazioni prettamente giuridiche che sono state condotte finora, occorre ora svolgere alcune considerazioni circa le scelte di valorizzazione più opportune, tenendo a mente che si tratta pur sempre di elementi che incidono, sia pure indirettamente, sulla valutazione complessiva del comportamento dell'amministrazione alla luce dei principi sopra richiamati, tra i quali quello di efficacia.

Come si è già detto in precedenza, l'ente pubblico o l'ateneo possono svolgere attività di ricerca in base a un contratto stipulato con un committente (pubblico o privato, individuo o ente). In siffatto accordo, l'ente può disporre dei risultati della ricerca e ciò sarà normalmente un aspetto di interesse per il committente. Se i costi della ricerca e sviluppo sono integralmente a carico del committente, non si configura aiuto di stato indiretto e la previsione circa l'appartenenza può essere rimessa alla libera negoziazione.

Se, invece, la ricerca è soltanto co-finanziata dal privato, si ricade nelle altre due ipotesi del paragrafo 3.2.2. della Comunicazione e, dunque, o l'ente resta titolare dei diritti di proprietà intellettuale e assicura la massima diffusione dei risultati, ovvero sarà necessario pattuire un compenso ulteriore per il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale al committente.

Nell'interesse dell'ente, là dove possibile, è sempre raccomandabile conservare la titolarità dei diritti, concedendo al committente licenze esclusive o non, a seconda delle circostanze. Siffatta soluzione ha una serie di vantaggi, tra i quali (*i*) il fatto di consentire il monitoraggio del licenziatario, verificando l'effettivo sfruttamento dei risultati da parte del terzo e le ricadute territoriali[30], (*ii*) il fatto di poter parallelamente avviare imprese *spin-off*, (*iii*) il fatto di poter praticare licenze multiple in caso di diversi campi d'uso dei trovati, (*iv*) il fatto di massimizzare i ritorni economici mediante *royalties*, (*v*) il fatto di poter assicurare, se del caso, la massima diffusione alla tecnologia mediante concessione di licenze non esclusive.

Là dove la negoziazione del contratto a monte con il committente non consenta di trattenere in capo all'ente la titolarità dei risultati brevettabili, è raccomandabile comunque prevedere che il trasferimento non sia automatico, ma successivo alla pubblicazione delle domande di brevetto, così che – ai fini statistici e di valutazione

[30] Sull'utilizzo delle previsioni del contratto di licenza come meccanismo di monitoraggio del licenziatario cfr. M. Granieri, G. Colangelo, F. De Michelis, *Introduzione ai contratti per il trasferimento di tecnologia*, Bari, 2009, 82. Più in generale, sui contenuti del contratto di licenza (anche in prospettiva transnazionale) cfr. A. Frignani, M. Torsello, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, II ed., Padova, 2010, 736 ss.

– risulti che l'ente ha effettivamente generato proprietà intellettuale. Siffatta configurazione dei rapporti di committenza deve prevedere (*a*) certamente che il committente goda almeno di una licenza gratuita allo sfruttamento nel periodo che corre tra il conseguimento del risultato e il momento dell'effettivo trasferimento della domanda di brevetto o del brevetto concesso; (*b*) certamente che vi sia un obbligo al trasferimento della domanda di brevetto successivamente alla pubblicazione e (*c*) preferibilmente che la procedura di protezione dei risultati in titolarità dell'ente sia però gestita direttamente dal committente, con relativo accollo immediato dei costi. Eventualmente, per scongiurare del tutto il rischio di un aiuto indiretto e per incentivare i ricercatori, potrebbe prevedersi, come condizione del trasferimento, il pagamento di un ulteriore corrispettivo (fisso) mediante il quale l'ente potrebbe riconoscere premi inventivi, dando vita anche a una politica di incentivazione dei ricercatori.

Infine, deve essere ricordato che sempre più spesso il merito e la produttività scientifica delle istituzioni sono oggetto di valutazione anche a fini di finanziamenti e di riconoscimenti di premialità. Alcuni tra gli indicatori più diffusi fanno riferimento al numero di domande di brevetto depositate dagli enti di ricerca e al numero di accordi per la valorizzazione[31]. La soluzione suggerita nel punto precedente – e in generale ogni assetto della ricerca che valga a trattenere i risultati in capo all'ente – presenta il beneficio di favorire il rilevamento della produttività, sia in termini di generazione dei risultati che di (ri-)trasferimento degli stessi.

5. Conclusioni

L'attività negoziale dell'università e degli enti pubblici di ricerca per il trasferimento verso il mercato dei diritti di proprietà intellettuale sui risultati dell'attività di ricerca è governata da regole e principi che vanno desunti dall'ordinamento giuridico e riguardano sia la natura dell'ente (pubblico) sia gli effetti che detta attività può avere sul mercato in termini di indebito vantaggio per alcuni operatori. La logica del mercato interno e del *level playing field* non esenta nessuno dall'obbligo di non alterare il gioco della concorrenza e ciò coinvolge progressivamente l'università imprenditoriale. Il quadro normativo, però, non è del tutto chiaro e, soprattutto, appare talvolta lacunoso rispetto ai dichiarati obiettivi di assicurare la competitività

[31] È appena il caso di ricordare che l'ente pubblico è tenuto a iscrivere in bilancio (secondo il criterio del costo storico) i brevetti depositati come parte dell'attivo dello stato patrimoniale. Lo ha stabilito C. conti, sez. contr. enti, 4 maggio 1992, n. 18/Rel. (la massima si legge in *Riv. corte conti*, 1992, fasc. 4, 19), precisando che questo adempimento contabile è finalizzato anche a valutare, sotto il profilo dell'analisi costi-benefici, se alle spese di ricerca per la realizzazione dei trovati sia opportuno aggiungere quelle della brevettazione, allorché il relativo sfruttamento non consente neppure il recupero degli oneri per la procedura amministrativa.

dei sistemi economici europei attraverso un ricorso all'innovazione. Se attraverso l'attività interpretativa dei giuristi non si riesce a fornire un sistema coerente in modo accettabile rispetto agli obiettivi di politica generale, meglio riconoscere i limiti degli sforzi interpretativi e invocare il cambiamento normativo.

La pubblica amministrazione è progressivamente consapevole che la proprietà intellettuale di cui dispone è un bene a tutti gli effetti (civilistici, contabili, economico-patrimoniali) e come tale va valorizzata. Il complesso disciplinare prossimo è quello che riguarda la tradizionale attività negoziale della pubblica amministrazione con riguardo ai beni in senso fisico, che in più di una circostanza rivela una intuibile inadeguatezza, soprattutto quando l'obiettivo è assicurare la competitività delle imprese attraverso la messa a disposizione di risorse strategiche.

Lettere di *patronage* ed importo massimo garantito

di Carmela Robustella

Sommario: 1. Le lettere di patronage e la recente giurisprudenza di legittimità: l'art. 1938 c.c. come principio di ordine pubblico economico applicabile tout court a tutte le garanzie personali, anche atipiche, del credito. – 2. I tratti caratterizzanti delle lettere di patronage. – 3. Analisi del dato normativo e indicazioni di metodo: necessità di individuare il legame intercorrente tra il contenuto della lettera di patronage ed i fattori in funzione dei quali il legislatore ha imposto l'indicazione di un massimale all'impegno del garante. – 4. Rilievi conclusivi.

1. Una recente sentenza della Corte di Cassazione[1] sottopone all'attenzione degli interpreti e degli operatori economici il delicato problema della possibilità di estendere le norme dettate in materia di fideiussione anche alle lettere di *patronage* di tipo forte.

Nella fattispecie sottoposta all'attenzione della Suprema Corte, la società Alfa stipulava con un istituto di credito un contratto di garanzia in virtù del quale quest'ultimo si impegnava a garantire i pagamenti nei rapporti con la società Beta derivanti dalla fornitura di cellulosa, nella quale Alfa era specializzata.

La società Alfa con due diffide comunicate alla società Beta e all'istituto di credito, quale garante, aveva chiesto il pagamento dei relativi importi, ma l'istituto di credito rifiutava il pagamento, deducendo che il contratto di garanzia concluso con la società Alfa era qualificabile come fideiussione e quindi nullo per mancanza di determinazione dell'importo massimo garantito. L'istituto di credito, quindi, citava in giudizio Alfa, al fine di ottenere l'accertamento della nullità della fideiussione *omnibus*.

Alfa si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto della domanda attorea, in quanto il rapporto giuridico era da qualificarsi non già come fideiussione, bensì come *patronage* al quale non si applicava il principio stabilito dall'art. 1938 del c.c. sulla nullità della fideiussione *omnibus*. In via riconvenzionale, inoltre, Alfa chiedeva la

[1] Cass Civ., 26 gennaio 2010, n. 1520, in *Riv. Giur. Sarda*, 2010, 249, con nota di Corrias, *Garanzie personali atipiche e previsione dell'importo massimo garantito*. La sentenza è riportata anche in *Giur. it.*, n. 7/2010, con nota di Petrazzini, *Patronage e fideiussione: una massima da definire.*

condanna dell'istituto di credito al pagamento degli importi a credito vantati nei confronti di Beta, in esecuzione del rapporto di garanzia.

Il tribunale adito, qualificato il rapporto come fideiussione, ne dichiarava la nullità per contrasto con l'art. 1938 del c.c. e rigettava la domanda riconvenzionale proposta da Alfa.

Alfa, proposto inutilmente gravame, ricorreva per Cassazione.

La Suprema Corte ha rigettato il ricorso, confermando la nullità della lettera di *patronage* sprovvista di massimale all'impegno del garante.

Secondo il Supremo Collegio, con motivazione piuttosto sbrigativa, l'art. 1938 c.c., pur inserito nella disciplina tipica dell'istituto della fideiussione, introduce un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico, suscettibile di valenza generale anche per le garanzie personali atipiche e tra queste quelle di *patronage*. Così statuendo, la Cassazione mostra di aderire ad un orientamento già tracciato da alcuni giudici di merito[2], teso ad estendere anche al *patronage* il limite previsto dall'art. 1938 c.c., sicché potrebbe apparire, *prima facie*, anche fuorviati dalla lettura della massima ufficiale[3], che la nullità della garanzia sia stata pronunciata attraverso l'applicazione del suddetto principio di diritto.

Tuttavia, proseguendo nella lettura della motivazione ci si accorge che, nel caso *de quo*, l'art. 1938 c.c. non trova applicazione per via analogica, ma per via diretta poiché, come osserva la Suprema Corte, "*contrariamente all'assunto del ricorrente, i giudici di appello, sulla base del contesto probatorio e delle condotte, correttamente riconducono la fattispecie negoziale sotto la figura tipica di una fideiussione, di guisa che la regola dell'art. 1938 c.c.* è *stata applicata come regola iuris, direttamente e senza alcun ricorso alla analogia*".

La Corte, dunque, condivide la scelta dei giudici d'appello sulla qualificazione come fideiussione, e non come *patronage*, dell'impegno assunto dal garante, sicché la parte della motivazione volta ad estendere il rubricato dell'art. 1938 c.c. anche al *patronage* appare ultronea rispetto al *decisum* costituendo, pertanto, un evidente *obiter dictum*[4].

---

[2] La giurisprudenza di merito, a quanto consta, ha avuto modo di occuparsi dell'estensione dell'art. 1938 c.c. al di fuori dei confini propri della fideiussione solo in due casi: Trib. Roma 18 dicembre 2002, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 2004, II, 326, con nota di Mangano, *Lettere di* patronage *forte e inapplicabilità dell'art. 1938 c.c.* e Trib. Pistoia, 31 luglio 2008, in *Fallimento*, 2008, 1308, con nota di Costanza, *Il* patronage *come la fideiussione di fronte all'art. 1938 c.c.?*. In entrambe, tuttavia, l'estensione dell'art. 1938 c.c. è operata solo limitatamente alle lettere di *patronage* e non, come accade nella Cassazione in esame, a tutte le garanzie personali atipiche.

[3] La massima ufficiale elaborata dal centro di documentazione elettronica della Cassazione recita: '*In tema di fideiussione, l'art. 1938 c.c.c, come modificato dalla L. 17 febbraio 1992, n. 154, nel prevedere la necessità della determinazione dell'importo massimo garantito per le obbligazioni future, pone un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico, valevole anche per le garanzie personali atipiche*'.

[4] Corrias, *Garanzie personali atipiche e previsione dell'importo massimo garantito*, cit., 253.

Tuttavia la Cassazione, pur se con considerazioni non strettamente funzionali alla definizione della controversia, qualifica espressamente la regola sancita dall'art. 1938 c.c. come principio generale di ordine pubblico economico insuperabile ai sensi dell'art. 1418 c.c., I comma e, come tale, suscettibile di trovare applicazione in tutte le garanzie personali, ivi comprese le c.d. lettere di *patronage*.

È, pertanto, opportuno soffermarsi sulla concreta portata di tale statuizione che potrebbe avere un effetto dirompente sulla disciplina delle lettere di *patronage* e che potrebbe condizionare non poco le future pronunce in *subiecta* materia. A tal fine non appare inutile ricordare alcuni tratti essenziali della disciplina delle lettere di *patronage*.

2. Come è noto, le lettere di *patronage* sono delle dichiarazioni, redatte generalmente in forma epistolare, che un soggetto (detto *patronnant*) rivolge ad un istituto di credito per indurlo ad erogare, mantenere o rinnovare una linea di credito in favore di un terzo soggetto (detto *patronné*), dando opportune rassicurazioni in merito al buon esito dell'operazione di finanziamento.

Sorto nell'ambiente bancario statunitense e successivamente importato in Europa[5], il fenomeno del *patronage* ha trovato nel nostro ordinamento larga utilizzazione nell'ambito del modello organizzativo dei gruppi di società[6] proprio per la particolare relazione che viene a stabilirsi tra la società partecipante e quella partecipata, in forza della quale la prima, nell'ambito del più generale esercizio dell'attività di governo del gruppo, ha interesse a facilitare la concessione di credito in favore della seconda, senza che per ciò sia costretta a rilasciare garanzie personali tipiche. Queste ultime, infatti, impongono a chi le rilascia l'immobilizzazione di risorse finanziarie per far fronte agli impegni assunti nell'eventualità in cui questi diventino attuali, mentre le lettere di *patronage* lasciano alla società emittente un certo margine di autonomia nella scelta dei modi in cui soddisfare tali obblighi, anche nell'ipotesi in cui si dovessero assumere precisi obblighi sulla solvibilità e serietà del debitore[7].

---

5 Per un'ampia rassegna sulla genesi e diffusione delle lettere di *patronage* nei vari ordinamenti vedi Mazzoni, *Le lettere di* patronage, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, II, Giuffré, 1978, 43.

6 A tal proposito si osserva, Atti, *Il* «Patronage» *e i gruppi di società: le fattispecie e il valore giuridico,* in *Contratto e impresa*, I, 1985, 3, 879, che nonostante l'ambito di maggior impiego del *patronage* sia indubbiamente quello dei gruppi di società, non può escludersi, in via teorica, che possa essere praticato anche da semplici persone fisiche che siano legate tra loro da un rapporto di preminenza-soggezione, così come non può escludersi che tra patrocinante e patrocinato intercorra un rapporto diverso da quello economico, come nel caso di soggezione di tipo familiare o morale. Secondo altra dottrina, Mazzoni, *Le lettere di* patronage, cit., 54 e ss., la dichiarazione di *patronage* può essere rilasciata anche da un socio minoritario privo di potere di controllo. Tale impostazione non è condivisa da Segni, *La «lettre de patronage» come garanzia personale impropria*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 175, perchè l'assenza del potere di controllo del *patronnant* sul patrocinato inquadra il rapporto di *patronage* eventualmente instaurato nell'orbita dei rapporti di cortesia, privi di efficacia giuridica.

7 Cfr., in argomento, Fezza, *Le garanzie personali atipiche*, in *Trattato dir. comm.*, diretto da Buonocore, II, 3,

La possibilità, dunque, per la società capogruppo di poter garantire assistenza finanziaria in favore delle società controllate attraverso l'utilizzo di una forma di garanzia più duttile e meno stringente rispetto alla fideiussione ha fatto sì che le lettere di *patronage* prendessero largamente piede nel nostro ordinamento[8]. Ed invero indubbi sono i vantaggi offerti da tali lettere rispetto ad una comune fideiussione: anzitutto una maggiore snellezza e rapidità nella fase del rilascio della garanzia stessa. È noto, infatti, che in ambito societario la possibilità di concedere garanzie tipiche è riservata dall'atto costitutivo al consiglio di amministrazione, mentre una lettera di *patronage*, non rientrando tra queste, può essere rilasciata anche dall'amministratore delegato.

Le lettere di *patronage*, a differenza delle garanzie tipiche, offrono vantaggi di natura contabile, non avendo l'obbligo di iscrizione nelle passività di bilancio[9], oltre

X, Torino, 2006, 266, il quale opportunamente rileva che il rilascio di una lettera di *patronage*, anche se di contenuto obbligatorio particolarmente incisivo, lascia sempre all'obbligato un margine di manovrabilità rispetto alle modalità di assolvimento degli oneri conseguenti: la società emittente potrebbe, ad esempio, in luogo di una erogazione finanziaria diretta, optare per un aumento del capitale della controllata, rinunciare ad un proprio credito nei confronti della controllata, oppure procedere ad un finanziamento indiretto attraverso operazioni infragruppo.

8 Si è discusso molto in passato della concreta rilevanza giuridica da attribuire alle lettere di *patronage*. In particolare, facendo leva sulla volontà del creditore di non ricorrere a strumenti di garanzia disposti dall'ordinamento, alcuni autori si sono spinti sino ad affermare che le dichiarazioni di *patronage* potessero operare solo sul piano morale, attribuendo, pertanto, alle stesse una natura extragiuridica. Vedi in tal senso Chiomenti, *Le «lettere di conforto»*, in *Riv. dir. comm*.,1974, I, 364; Prosperi, "Lettre de patronage" *e* mendacio *bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1979, I, 158; Montagnani, *Le garanzie prese sul serio: cortesia, pratiche generali interpretative e controlli nelle lettere di* patronage, nota a trib. Roma, 18 luglio 1985, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1986, II, 450. In giurisprudenza sembra negare rilevanza giuridica al patronage: Cass. civ, 9 maggio 1985, n. 2879, in *Giur. comm.*, 1986,537; App. Roma, 17 ottobre 1989, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 2652.
Alcuni autori, v. Mastropaolo, *Lettere di* patronage, in *I contratti di garanzia*, Trattato dei contratti, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006, 1675, discutono ancora oggi sulla concreta rilevanza giuridica delle lettere di *patronage* contenenti semplici informazioni sulla situazione finanziaria della società debitrice e sul rapporto intercorrente tra quest'ultima e il *patronnant*. A tal proposito si osserva che tali dichiarazioni avrebbero un valore solo sul piano metagiuridico. Ma vedi, in tal senso, anche i rilievi di Segni, *La* «lettre de patronage», cit., 129.

9 È frequente l'affermazione, v. per tutti Atti, *Il* «Patronage» *e i gruppi di società: le fattispecie ed il valore giuridico*, cit., 923, che le lettere di *patronage* offrirebbero alla capogruppo vantaggi di natura contabile: non essendo, infatti, garanzie tipiche, non soggiacciono alle regole di redazione del bilancio previste dall'art. 2424 c.c. ed evitano, pertanto, un appesantimento del passivo patrimoniale ed una pubblicità non sempre gradita dello stato finanziario del gruppo. Secondo altra dottrina, tuttavia, Mazzoni, *Lettere di* patronage*, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, nota a Trib. Milano, 30 maggio 1984, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1984, 333, è opportuno che l'emissione della lettera sia comunque segnalata nei conti d'ordine del patrocinante. Sull'esenzione dall'obbligo di iscrizione in bilancio delle lettere di *patronage* esprime forti dubbi Colombo-Olivieri, *Bilancio di esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, Torino, 1994, 379. A tal proposito si osserva che l'art. 2424 c.c. dovrebbe essere esteso a tutti i casi in cui gli organi di gestione della società siano posti in grado di apprezzare il rischio di un determinato esborso derivante da obblighi o responsabilità connessi ad eventi estranei alla propria sfera giuridica o comunque al di fuori del proprio diretto controllo. Fezza, *Garanzie personale atipiche*, cit., 268, osserva, infine, che il discorso sulla rilevanza contabile del *patronage* dovrà essere condotto distinguendo le lettere che si limitano a dare informazioni sul conto del patrocinato, per le quali non si applicano le disposizioni contabili

ad offrire un sensibile vantaggio fiscale[10]. Ulteriore vantaggio legato all'utilizzo delle lettere di *patronage* è quello di essere uno strumento di garanzia 'discreto'[11], non avendo le banche, per talune lettere, l'obbligo di segnalare il rilascio di esse alla centrale rischi interbancaria[12].

Per il soggetto finanziatore, invece, il vantaggio di questa operazione è individuabile nel fatto che, attraverso le lettere, potrà acquisire una conoscenza specifica della situazione patrimoniale della società richiedente, oltre che della composizione della sua compagine sociale, delle scelte operative e dei suoi organi amministrativi. La dichiarazione contenuta in una lettera di *patronage*, pertanto, pur attribuendo al finanziatore indubbiamente un grado di tutela inferiore rispetto a quello ricavabile con una garanzia di pagamento (propria del modello fideiussorio), costituirà comunque uno strumento di sicurezza valido e sufficiente per accompagnarlo nelle sue operazioni economiche.

La pratica degli affari conosce numerose e complesse fattispecie di lettere di *patronage* delle quali è opportuno ed utile operare una sintetica rassegna al fine di evidenziare l'estrema varietà di contenuto che le lettere possono presentare e che rende inadeguata qualsiasi formula definitoria idonea a realizzare una *reductio ad unum* delle stesse[13].

---

in materia di garanzia, da quelle che determinano assunzioni di obblighi da parte del *patronnant* che potrebbero tradursi, almeno potenzialmente, in un esborso di denaro, che, invece, ne saranno assoggettate.

[10] In base al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, le lettere di *patronage*, diversamente dalle altre garanzie personali e reali, sono esenti dall'imposta di registro. Occorre tuttavia rilevare che tale esenzione non opera nel caso in cui con la lettera di *patronage* il dichiarante assuma un'obbligazione di pagamento o di indennizzo in favore del finanziatore: in tali casi, infatti, troverà applicazione l'art. 6, Tariffa, Parte I, del d.p.r. n. 131/1986, che prevede l'obbligo di registrazione a termine fisso in misura dello 0.50% del valore dell'atto.

[11] In questi termini esatti Fezza, *Le garanzie personali atipiche*, cit., 267.

[12] L'esonero dalla segnalazione della garanzia alla centrale rischi vale solo per le lettere di *patronage* a contenuto informativo, non anche per quelle a contenuto c.d. impegnativo: a tal proposito, infatti, le istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, nella circolare n. 139 dell'11 febbraio 1991, 13° aggiornamento del 4 marzo 2010, afferma testualmente che '*Rientrano nel novero delle garanzie censite dalla centrale dei rischi le sole lettere di patronage redatte in forma impegnativa. Esse comportano, infatti, un'obbligazione di garanzia per la società patrocinante cioè un impegno ad adempiere, anche a semplice richiesta dell'intermediario finanziatore, alle obbligazioni assunte dalla società patrocinata nei confronti dei terzi (c.d lettere di patronage forti). Restano pertanto escluse dalla rilevazione le lettere di patronage che abbiano natura meramente dichiarativa. Le lettere di patronage oggetto di rilevazione confluiscono tra i crediti di firma e/o tra le garanzie ricevute a seconda che siano state rilasciate o ricevute dall'intermediario segnalante*.

Qualora non sia predeterminato il limite massimo dell'impegno assunto dal garante vanno seguiti i seguenti criteri segnaletici:

- *per i crediti di firma, nelle classi di dati accordato e accordato operativo deve essere convenzionalmente indicato il medesimo importo segnalato nella classe di dati utilizzato;*
- *per le garanzie ricevute, nella classe di dati valore garanzia deve essere convenzionalmente indicato il medesimo importo segnalato nella classe di dati importo garantito."*

[13] Per un tentativo di pervenire ad una definizione univoca del fenomeno v. Galgano, *Lettere di patronage e promesse unilaterali atipiche*, in *Contratto e impresa*, 1996, 10, il quale osserva che la funzione del *patronage* è

Per comodità espositiva ci limiteremo a riferire della *summa divisio* che la giurisprudenza della Suprema Corte[14] ha operato tra le varie forme di lettere in uso nella prassi commerciale, distinguendo tra lettere di *patronage* deboli e lettere di *patronage* forti[15].

In via di estrema sintesi, può dirsi che le lettere di *patronage* deboli hanno per lo più contenuto informativo[16]: il *patronannt*, infatti, dopo aver dichiarato di essere consapevole delle linee di credito già esistenti o in procinto di essere accordate alla patrocinata, si limita a fornire all'ente creditizio informazioni sullo stato economico, finanziario e patrimoniale di quest'ultima e, se è legato alla stessa da una relazione partecipativa di controllo, comunicherà alla banca l'entità di tale partecipazione. Secondo il più recente indirizzo della Cassazione, con il rilascio di lettere meramente informative, il *patronnant* si inserisce nelle trattative pendenti tra banca e società patrocinata al fine di creare le opportune aspettative sul buon esito dell'operazione di finanziamento e sarà, pertanto, responsabile, nel caso di rilascio di informazioni non veritiere, *ex* artt. 1337 e 1338 c.c.[17].

quella di indurre la banca a concludere un contratto di finanziamento con la società patrocinata e, pertanto, il contenuto della lettera sarà sempre e comunque informativo. Anche nelle ipotesi in cui le lettere contengano indicazioni su comportamenti futuri, con esse il *patronnant* non prometterebbe nulla, ma comunicherebbe solo ciò che si ripromette di fare o di non fare, con la conseguenza che il destinatario della lettera non sarebbe legittimato ad esigere alcuna prestazione. Nel caso in cui il dichiarante non tenga il comportamento promesso nella lettera, sarà responsabile non già a titolo di inadempimento, ma di responsabilità aquiliana, per aver deluso la ragionevole aspettativa ingenerata nella banca di recupero del finanziamento concesso.

14 Vedi, in particolare, Cass. 27 settembre 1995, n. 10235, con nota di Chinè, *La Cassazione sul* patronage*: una voce fuori dal coro*, in *Giur. it.*,1996, 738.

15 Come spesso accade per le figure giuridiche importate da ordinamenti anglosassoni, anche per le lettere di *patronage* la giurisprudenza, dopo aver tentato senza successo una prima riconduzione della fattispecie nell'alveo del modello fideiussorio, ne statuisce l'ammissibilità in quanto fenomeno atipico realizzato attraverso atti o negozi diretti senza dubbio al perseguimento di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento. Per una sintesi dei tentativi di ricondurre il fenomeno del *patronage* a figure negoziali tipiche V. Ciaccia, *Le lettere di Patronage*, in *NGCC*, II, 2002, 90.

16 Per una puntuale descrizione delle singole dichiarazioni che possono essere contenute nelle lettere v. Fezza, *Le garanzie personali atipiche*, cit., 294.

17 A tale conclusione si giunge per la prima volta con Cass. 27 settembre 1995, n. 10235, cit., 743 e ss., in cui si osserva che nelle lettere di *patronage* "il patrocinante viene ad inserirsi nello svolgimento delle trattative avviate tra altri soggetti proprio al fine di agevolarne la positiva conclusione, creando così ragionevoli aspettative sul buon esito dell'operazione: la sua posizione è quindi diversa da quella di un terzo che «accidentalmente» venga ad interferire in una vicenda precontrattuale a lui estranea, e tale diversità è sufficiente a giustificare l'applicazione di quelle regole di diligenza, di correttezza e di buona fede dettate proprio al fine di evitare che gli interessi di quanti partecipano alle trattative possano essere pregiudicati da comportamenti altrui scorretti (art. 1337 c.c.) o anche solo negligenti (art. 1338 c.c.)". Osserva a tal proposito Macario, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile diretto da Sacco*, Utet, 2009, 589 e ss., che la qualificazione della responsabilità del *patronnant* per false informazioni alla stregua della responsabilità precontrattuale lascia comunque aperta la nota *querelle* sulla natura di tale responsabilità: ampio ed articolato è, infatti, il dibattito, sia dottrinale che giurisprudenziale, se trattasi di responsabilità contrattuale od extracontrattuale. La tesi prevalente è quella di attribuire alla *culpa* in *contrahendo* natura di responsabilità extracontrattuale. Di quest'ultima opinione è la prevalente giurisprudenza, vedi per tutte la stessa Cass. 27 settembre 1995, n.

Nelle lettere di *patronage* forti, invece, il *patronannt* non si limita a dare solo mere informazioni, ma assume nei confronti della banca dei veri e propri obblighi che attribuiscono alla dichiarazione stessa una portata decisamente impegnativa.

L'impegno assunto dal *patronnant* in genere è limitato ad una prestazione di *fare*[18] o di non *fare*, essenzialmente diretta a garantire la banca dai rischi connessi ai mutamenti dell'organizzazione interna della società finanziata, tali da incidere sulla sua solvibilità (si pensi, ad esempio, all'impegno di comunicare eventuali modifiche nel rapporto di controllo, di monitorare, attraverso l'attività di vigilanza, il rientro della patrocinata, di non cedere la quota di controllo della medesima fino all'integrale rimborso del finanziamento, di non pregiudicare l'attuale situazione finanziaria della controllata).

In talune circostanze l'impegno del *patronnant* può spingersi fino a garantire una prestazione di *dare*[19], ossia garantire il rimborso del finanziamento in caso di inadempimento della patrocinata, al fine di lasciare indenne la banca dai conseguenti pregiudizi economici (si pensi alle c.d. dichiarazioni di assunzione del rischio di perdite attraverso le quali il *patronnant* si impegna – in ogni caso o al ricorrere di determinate circostanze – ad evitare che la banca subisca perdite in relazione al credito concesso alla società patrocinata).

La dottrina più attenta[20] ha opportunamente segnalato che attraverso tale ultima tipologia di dichiarazioni le parti utilizzerebbero in maniera anomala i vantaggi propri del fenomeno in esame: se, infatti, attraverso il *patronage* si tende ad evitare il ricorso alle più consuete e gravose garanzie di pagamento, offrendo un tipo di tutela che si sostanza in una rassicurazione, in un conforto circa la recuperabilità del finanziamento concesso, appare evidente che il *patronage* realizzato attraverso tali tipologie di dichiarazioni debba essere ricondotto più correttamente alle garanzie legalmente e socialmente tipiche[21].

10235, che, dopo aver affermato la natura precontrattuale della responsabilità in capo al *patronnant*, riconduce la stessa nell'alveo della responsabilità aquiliana. Per la riconducibilità della responsabilità del *patronnant* nell'alveo di quella contrattuale v. Mazzoni, *Lettere di* patronage*, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, cit., 343.

18 Per una classificazione delle dichiarazioni aventi contenuto impegnativo a seconda che esse producano il sorgere di obbligazioni aventi ad oggetto un *dare* o un *fare* v. Fezza, *Le garanzie personali atipiche*, cit., 317 e ss.

19 Non ritiene che le lettere di *patronage* possano contenere prestazione di *dare*, ma sempre e solo di *fare* Segni, voce *Lettere di* "patronage", in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 2.

20 Prosperetti, *Profili sistematici delle «lettere di gradimento»*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1978, I, 71; Atti, *Il* «Patronage» *e i gruppi di società: le fattispecie e il valore giuridico,* cit., 892; Fezza, *Le garanzie personali atipiche*, cit., 314; Macario, *Garanzie personali*, cit., 579.

21 Ad avviso di Fezza, *Le garanzie personali atipiche*, cit., 347, le lettere che hanno ad oggetto obbligazioni di *dare* sono sempre riconducibili ad una fideiussione, ad una promessa del fatto del terzo oppure ad una garanzia autonoma. Sarà compito dell'interprete appurare se la volontà manifestata dalle parti sia idonea a produrre effetti diversi da quelli propri delle altre garanzie personali, oppure se la lettera costituisca solo il

Dal punto di vista sistematico, le lettere di *patronage* di tipo forte si risolvono in promesse unilaterali atipiche rilasciate con causa di garanzia[22]: nonostante il tenore dell'art. 1987 c.c., che sottende il principio del *numerus clausus* delle promesse unilaterali, l'opinione assolutamente dominante è quella secondo cui le lettere si perfezionano secondo lo schema dell'art. 1333 c.c.[23]. Le lettere di *patronage* impegnative, dunque, si presentano come fonti unilaterali di obbligazioni della cui efficacia "non v'è motivo di dubitare posto che tali dichiarazioni, sia pure con strumenti diversi da quelli propri delle garanzie personali tipiche, sono pur sempre dirette a rafforzare la protezione dei diritti del creditore e, quindi, a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico"[24]. La qualificazione delle lettere di *patronage* come contratti con obbligazioni a carico del solo proponente permette di individuare in capo al *patronnant* una responsabilità di tipo contrattuale[25].

Sulla base di queste considerazioni, seppur oleograficamente delineate, le lettere di *patronage* di tipo forte sono, a ragione, inquadrate nelle garanzie personali atipiche, in quanto ritenute idonee a soddisfare quell'esigenza di sicurezza che in genere accompagna le operazioni di finanziamento e che si sostanzia nella protezione dell'interesse del creditore al soddisfacimento del proprio credito[26]. Pur tuttavia, come può agevolmente osservarsi, le lettere di *patronage* non assolvono, come accade nella fideiussione, alla specifica funzione di garantire l'adempimento altrui, ma rafforzano nel futuro creditore, cui la dichiarazione è indirizzata, il convincimento

veicolo impropriamente utilizzato per l'assunzione di un'obbligazione di garanzia legalmente o socialmente tipica.

22 In questi termini Chinè, *La Cassazione sul* patronage*: una voce fuori dal coro*, cit., 741; cfr., altresì, Severini, *Il* patronage *tra promessa unilaterale atipica e la promessa del fatto del terzo*, in *Dir. Fall.*, 1991, I, 67 e ss.

23 Cfr. in tal senso: Trib. Pistoia, 31 luglio 2008, cit; Trib. Roma, 18 dicembre 2002, cit., Cass. Civ., 25 settembre 2001, n. 11987, in *Studium Juris*, 2002, 393; Cass. Civ., 3 aprile 2001, n. 4888, in *Giur. it*, 2001, 2254; Trib. Torino, 11 aprile 2000, in *Giur. it.*, 2001, 1445; Trib. Palermo, 18 gennaio 2000, in *Danno e resp.*, 2002, 640; App. Roma, 15 giugno 1998, in *I contratti*, 1999, 234; Cass. 27 settembre 1995, n. 10235, cit.; Trib. Milano, 22 giugno 1995, in Banca, borsa, tit. cred., 1997, II, 396; Trib Bologna, 14 settembre 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 564. Non condivide la riconduzione delle lettere di *patronage* nell'ambito dell'art. 1333 c.c. Sacchi – Lodispoto, *Dichiarazioni di patronage: dei mille ed una forma di un istituto*, in *Foro it.*, 1998, IV, 287; Castiglia, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 331; Agnino, *Fideiussione* omnibus, *lettere di* Patronage *e buona fede*, in *Corr. Giur.*, n.9/2003, 1160.

24 Cass. Civ., 27 settembre 1995, n. 10235, 744, cit.

25 Minoritaria è rimasta la tesi che ricollega anche alle lettere di *patronage* di tipo forte una responsabilità di tipo extracontrattuale. In tal senso vedi Atti, *La responsabilità del* patron *è, dunque, extracontrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1986, 43 e ss., la quale osserva che le dichiarazione del *patron* non sarebbero mai dirette a concludere uno o più negozi, ma sarebbero semplici raccomandazioni o comunicazioni dirette a far emergere la bontà dell'affare.

26 Non condivide tale impostazione De Nictolis, *Nuove garanzie personali e reali* – Garantievertrag, *fideiussione* omnibus, *lettere di* patronage, sale-lease-back, Padova, 1998, 399, secondo la quale le lettere di *patronage* non sarebbero caratterizzate da una causa di garanzia in senso tecnico-giuridico, ma da una causa di promozione del credito. Respinge tale impostazione Macario, *Garanzie personali*, cit., 578.

che la patrocinata farà fronte ai propri impegni, assicurando la sua solvibilità in vista del suo esatto adempimento.

3. È proprio sulla base della summenzionata differenza strutturale, oltre che funzionale, tra fideiussione e *patronage* che il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte volto ad estendere il rubricato dell'art. 1938 c.c. anche al *patronage* non può essere condiviso pienamente. Ciò che non convince, in particolare, è l'*iter* argomentativo seguito per giustificare l'operatività della regola relativa al massimale indistintamente a tutte le garanzie personali atipiche, ivi comprese quelle di *patronage*.

A tal proposito si assegna un ruolo decisivo alla circostanza che nell'art. 1938 c.c. sarebbe rinvenibile un principio generale di ordine pubblico economico[27] come tale suscettibile di essere applicato *tout court* a tutte le garanzie personali, anche atipiche, del credito.

La soluzione interpretativa prospettata, tuttavia, si presenta non solo riduttiva, ma alquanto sbrigativa: a parere di chi scrive, infatti, la Suprema Corte avrebbe dovuto farsi carico di delineare dapprima la *ratio* dell'art. 1938 c.c. al fine di individuare l'esatto ambito di applicazione di tale disposto di legge per poi successivamente verificare i presupposti della sua applicabilità oltre i confini propri del tipo fideiussorio.

Nel silenzio della legge, infatti, al fine di ritenere necessario l'inserimento di un massimale all'impegno del garante anche ad altri negozi di garanzia, l'interprete dovrà tener conto delle ragioni che hanno spinto il legislatore a prevedere nella fideiussione per debiti futuri l'indicazione di un tetto massimo garantito per poi verificare se tali motivi sostanziali ricorrano anche nelle altre garanzie personali, anche atipiche.

Ebbene, come è noto l'art. 1938 c.c. è stato novellato dall'art.10, legge 17 febbraio 1992, n.154, recante "*Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*", al fine di adeguare l'ordinamento italiano agli artt. 85 e 86 del Trattato CEE.

Attraverso tale disposizione il legislatore ha imposto che la fideiussione per un'obbligazione futura o condizionale contenga, a pena di nullità[28], l'indicazione di un

[27] Come si è già avuto modo di evidenziare, la Cassazione, riconoscendo nell'art. 1938 c.c. un principio di ordine pubblico economico applicabile anche al di fuori dell'archetipo fideiussorio, aderisce ad un'impostazione già tracciata da alcuni giudici di merito (Trib. Roma, 18 dicembre 2002, cit. e Trib. Pistoia, 31 luglio 2008, cit.). L' impostazione di tali ultimi contributi giurisprudenziali, tuttavia, è stata fortemente criticata dalla maggior parte degli interpreti. Cfr. Agnino, *Fideiussione* omnibus*, lettere di* patronage *e buona fede*, cit., 1155; Funari, *Funzione della lettera di* patronage *e norme ad essa applicabili*, in *Le soc.*, n. 7/2003, 1007; Mangano, *Lettera di* patronage *forte ed inapplicabilità dell'art. 1938 c.c.*, cit; Messuti, *Le lettere di* patronage, in *Giur. comm*., 2003, II, 761 e ss; Severini, *Lettere di* patronage*: applicabilità della normativa relativa alla fideiussione*, in *Giust. Civ.*, 2004, 169 e ss.; Costanza, *Il* patronage *come la fideiussione di fronte all'art. 1938 c.c.?*, cit., 1309.

[28] Sebbene l'art. 1938 c.c. non preveda espressamente la sanzione della nullità nel caso di mancata indicazione del massimale all'interno della garanzia, è pacifico sia in dottrina che in giurisprudenza che la norma novel-

importo massimo garantito, allo scopo di favorire la trasparenza dell'attività bancaria e di mitigare, conseguentemente, la forza contrattuale degli enti creditizi nella predisposizione unilaterale di moduli negoziali.

La scelta di politica legislativa sottesa alla novella appare chiaramente orientata alla tutela dell'interesse del garante il quale, al momento del rilascio di una fideiussione c.d. *omnibus*, non è in grado di conoscere, né di prevedere l'importo per cui verrà chiamato a rispondere. La fissazione di un massimale, oltre il quale l'operatività della garanzia è esclusa, consente al garante di conoscere preventivamente e con esattezza il limite massimo della sua esposizione e, quindi, i confini della sua responsabilità; e favorisce, inoltre, un maggiore equilibrio delle posizioni contrattuali nel rapporto di fideiussione, poiché funge da deterrente per le banche nella concessione disinvolta di ulteriori crediti al debitore principale proprio in ragione della responsabilità illimitata del garante[29].

Dall'analisi della fattispecie normativa appare evidente che la previsione dell'importo massimo garantito sia commisurata all'effetto che il legislatore vuole venga a prodursi, ossia quello di richiamare l'attenzione del garante sugli oneri che assume al fine di consentirgli una valutazione più consapevole degli stessi, mettendolo, conseguentemente, in condizione di conoscere preventivamente il limite massimo del rischio assunto.

Se questi, dunque, sono i motivi che hanno indotto il legislatore a modificare l'art. 1938 c.c., adattandolo alle esigenze di tutela degli interessi del garante, non può condividersi l'opinione di quella parte della dottrina che ritiene che l'ambito di operatività della norma suddetta sia circoscritto alle sole garanzie accessorie del credito[30].

---

lata abbia carattere imperativo e, pertanto, che la fideiussione per obbligazioni future rilasciata senza previsione della somma massima garantita debba essere sanzionata con la nullità dell'intero contratto di garanzia. L'art. 11, 1° comma, legge n. 154/1992, nel prevedere che "le disposizioni della presente legge sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente", conferisce, infatti, carattere imperativo alla norma sul massimale. V., in tal senso, Iacuaniello Bruggi, *La fideiussione* «omnibus» *fra recente passato e prossimo futuro*, nota a Cass. civ., 17 ottobre 1991, n.10945, in *Giur.it.*, 1992, I, 1, 1305.

[29] La mini riforma della fideiussione *omnibus*, pur non avendo sopito del tutto le perplessità sulla legittimità della fideiussione per crediti futuri, ha l'indubbio pregio di aver recepito quell'orientamento dottrinale che sollecitava l'introduzione di strumenti che rendessero possibile la concreta e preventiva conoscibilità dei termini dell'operazione da parte del fideiussore, avvertendosi, anche nel settore bancario, l'esigenza di una maggior trasparenza nei rapporti tra banca e clientela al fine di accordare una più incisiva tutela del contraente debole. Vedi in tal senso Rescigno, *«Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, I, 297 e ss; Martorano, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, 697; Dolmetta, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla l. n. 154/1992*, in *Banca, borsa e tit. cred.,* 1992, 375 e ss.; Viale, *La nuova legge sulla trasparenza bancaria: prime perplessità e dubbi interpretativi*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 875 e ss.; Scotti Galletta, *La fideiussione c.d.* omnibus *e la disciplina della trasparenza bancaria*, in *Dir. banca merc. Fin.*, 1994, 219.

[30] Costanza, *Il* patronage *come la fideiussione di fronte all'art.1938 c.c.?*, cit., 1310, la quale ricava dal carattere innovativo, e quindi non retroattivo, della l. n. 154/92 la conferma che l'intervento legislativo sia diretto a disciplinare specificatamente la materia delle fideiussioni senza massimale. La modifica apportata all'art.

Se la *ratio* della norma deve essere ricercata nell'esigenza di assicurare la massima trasparenza possibile in ordine all'ammontare del debito garantito[31], tale esigenza sarà avvertita negli stessi identici termini sia che il garante si obblighi ad adempiere alla *stessa* obbligazione assunta dal debitore principale, sia che assuma un impegno autonomo rispetto all'originario rapporto, obbligandosi a lasciare indenne il creditore dal rischio economico connesso all'eventuale inadempimento dell'obbligazione principale. Ciò in quanto nell'art. 1938 c.c. la figura del garante viene in rilievo in quanto titolare di un patrimonio sul quale potrà trovare direttamente soddisfazione l'interesse del creditore svilito dall'inadempimento del debitore principale[32] e ciò indipendentemente dal fatto che il garante si sia obbligato ad adempiere ad una prestazione omogenea rispetto a quella gravante sul debitore principale o abbia invece assunto un impegno eminentemente indennitario che miri a ristorare il beneficiario del danno conseguente all'inadempimento del debitore principale.

In altri termini, non pare che la necessità di una preventiva delimitazione dell'esposizione debitoria del garante costituisca un limite modellato sui caratteri propri delle garanzie accessorie[33], ma sarà avvertita ogni qual volta il garante si faccia carico del rischio del mancato adempimento dell'obbligazione garantita attraverso l'assunzione di

1938 c.c. congiuntamente a quella operata al disposto dell'art. 1956, relativa all'indisponibilità del diritto alla revoca della fideiussione e, quindi, il divieto alla rinuncia preventiva all'esercizio di tale diritto, consoliderebbe, a parere dell'A., la convinzione che si tratti di disposizioni enunciate con riguardo agli obblighi di garanzie accessorie. Sembra propendere per l'applicabilità dell'art. 1938 c.c. alle sole garanzie accessorie anche Petrazzini, Patronage *e fideiussione: una massima da definire*, cit., 1620, nel momento in cui sostiene che la regola della fissazione di un tetto massimo alla futura esposizione del garante è espressione di un principio generale applicabile non a qualsiasi garanzia personale atipica, "ma solo a quelle assimilabili alle fideiussioni che condividano con esse la caratteristica di esporre il garante ad un'obbligazione di contenuto identico a quello dell'obbligazione principale". Per una diversa impostazione v. Corrias, *Garanzie personali atipiche e previsione dell'importo massimo garantito*, cit., 259, il quale osserva che "la necessità di delimitare l'esposizione debitoria del garante nei casi in cui l'impegno che egli assume è determinato autonomamente e, soprattutto, svincolato dalle vicende dell'obbligo principale, non muta, nella sostanza, rispetto alle ipotesi nelle quali il vincolo assunto viene parametrato al contenuto e collegato alle vicende di quest'ultimo". Secondo l'A. l'art. 1938 c.c. sarebbe qualificabile non tanto in termini di principio generale di ordine pubblico *tout-court*, valevole per l'intero diritto dei contratti, quanto come una norma imperativa *ad hoc* destinata a circoscrivere la posizione soggettiva del garante con riguardo a tutti i negozi idonei ad esprimere la funzione "minima" di garanzia personale. Si tratterebbe, più precisamente, "di una norma inderogabile di carattere transtipico, che oltrepassa i confini dello schema fideiussorio tipico e nominato che la comprende nella sua disciplina, per riferirsi, appunto, all'intera categoria generale delle garanzie personali del credito".

31 Cfr. in proposito i rilievi di Piazza, *La fideiussione* omnibus *cinque anni dopo la riforma*, in *Contratto e impr.*, 1997, 1080.

32 Pertanto, il garante si troverà in siffatta situazione solo qualora assuma impegni che abbiano ad oggetto delle prestazioni di *dare* che producano il più incisivo effetto di trasferire sul suo patrimonio il rischio economico connesso all'eventuale inadempimento del debitore garantito, legittimando, conseguentemente, un'aggressione diretta del suo patrimonio da parte del creditore rimasto insoddisfatto.

33 Giunge alla medesima conclusione, pur partendo da premesse differenti, Corrias, *Garanzie personali atipiche e previsione dell'importo massimo garantito*, cit, 258.

impegni che abbiamo come precipuo effetto quello di accrescere l'entità del patrimonio sul quale potrà trovare diretta soddisfazione l'interesse solutorio del creditore.

Ne consegue che, se la previsione dell'indicazione del tetto massimo si collega all'effetto prodotto (tutelare il garante rendendolo consapevole del limite massimo della sua esposizione e, dunque, dei confini del suo rischio) e non all'atto che lo produce, l'art. 1938 c.c. ben potrebbe trovare applicazione anche al di fuori dello schema tipico della fideiussione, ma solo se la garanzia rilasciata sia in grado di incidere sulla dinamica effettuale in funzione della quale il legislatore ha avvertito l'esigenza di limitare l'impegno del garante. In altri termini, solo se la garanzia per obbligazioni future rilasciata senza indicazione di un *plafond* massimo esponga il garante al rischio, non prevedibile al momento del rilascio della garanzia, di essere chiamato a rispondere dei debiti dell'obbligato oltre ogni ragionevole aspettativa[34].

4. Ebbene, coerentemente con le indicate premesse di metodo, si ritiene che la necessità di una limitazione dell'importo della garanzia sarà avvertita in una garanzia autonoma proprio perché, sulla base dei particolari presupposti che regolano il funzionamento di tale fattispecie, il garante è tenuto a pagare, a semplice richiesta del beneficiario e senza alcuna possibilità di sollevare eccezioni rifluenti dal rapporto di base, una somma di denaro rappresentativa dell'equivalente economico della prestazione rimasta inadempiuta.

È evidente, infatti, che nel caso suindicato l'assunzione di una garanzia illimitata esporrebbe il garante ad un pregiudizio ancora maggiore rispetto a quello ipotizzabile attraverso l'assunzione di un impegno fideiussorio, poiché egli si impegna ad assicurare *in ogni caso*[35] al beneficiario una prestazione equivalente a quella che avrebbe dovuto conseguire in forza del rapporto di base, così da lasciarlo indenne da qualsiasi pregiudizio connesso al mancato o inesatto adempimento da parte del debitore principale.

[34] Per tale lettura dell'art. 1938 c.c. V. Briolini, *Fideiussioni omnibus non "esaurite" e legge sulla trasparenza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, 714 e ss; Dolmetta, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie:chiose critiche alla l. n. 154/192,* cit., 394 e ss.

[35] Di regola, infatti, nelle garanzie autonome il garante si obbliga a pagare la somma di denaro indicata in garanzia a semplice richiesta del beneficiario, rinunciando a far valere qualsivoglia eccezione relativa al sottostante rapporto obbligatorio garantito. Non a caso, infatti, in siffatte garanzie si sostiene che il garante si obbliga a pagare un debito proprio, non già altrui: la sua obbligazione risulta, dunque, autonoma e svincolata da quella a cui si obbliga il debitore principale. Al beneficiario della garanzia si assicura, pertanto, una tutela assimilabile a quella derivante dalla costituzione in suo favore di un deposito cauzionale, in quanto la prestazione a cui si obbliga il garante altro non rappresenta che un mero equivalente economico dell'obbligazione principale rimasta inadempiuta. In tal senso V. più ampiamente Monticelli, *Garanzia autonome e tutela dell'ordinante*, Esi, Napoli, 2003, 10.

Per quanto riguarda il *patronage*, invece, la varietà di contenuto che le lettere possono presentare rende estremamente problematica la prospettazione di una risposta univoca al quesito dell'estensione del limite preventivo agli impegni del garante anche a queste ultime. Si è già avuto modo di ricordare, infatti, che attraverso le lettere di *patronage* il *patronnant* può soddisfare l'esigenza di sicurezza del beneficiario attraverso svariate modalità, con la conseguenza che la necessità di estendere o meno il disposto dell'art. 1938 c.c. anche al *patronage* assumerà una portata differente a seconda che le dichiarazioni impegnative del *patronnant* producano obbligazioni aventi ad oggetto una prestazione di *fare* o non *fare*, oppure una prestazione di *dare*.

Ebbene, nel primo caso non si ritiene ricorrano i presupposti per l'applicazione della norma, poiché non sembra esservi la possibilità, sul piano funzionale, di ricavare dall'art. 1938 c.c. un principio valido anche per tali tipologie di *patronage*. È di tutta evidenza, infatti, che nelle ipotesi in cui il *patronnant* si impegni ad un *fare* o ad un *non fare*, l'interesse del beneficiario è rivolto principalmente all'attività che quest'ultimo si impegna a compiere per favorire l'adempimento del patrocinato[36].

Così, ad esempio, nelle dichiarazioni di influenza, il dichiarante, nell'impegnarsi ad esercitare i propri poteri di controllo sul patrocinato, si obbliga ad un diligente e corretto esercizio dei suoi poteri gestionali in modo da favorire l' esatto adempimento del finanziato.

Allo stesso modo nelle dichiarazioni di solvibilità generica il *patronnant* si obbliga a mantenere la patrocinata in una condizione tale da consentirle di far fronte alle proprie obbligazioni[37]. In tali ipotesi non avrebbe senso, oltre che utilità, imporre una limitazione d'importo all'impegno del garante, poiché in tali tipologie di lettere di *patronage* non è richiesto che sia indicato un importo. Il garante, infatti, attraverso tali dichiarazioni, non assume impegni diretti a far sorgere obbligazioni di pagamento a suo carico, ma si obbliga solo indirettamente a tutelare l'interesse di cui è portatore il finanziatore nell'ambito del rapporto di finanziamento che lo lega al patrocinato.

D'altra parte è agevole constatare che questa tipologia di lettere di *patronage* presenta un assetto di interessi diverso sia da quello posto alla base della disciplina fideiussoria, poiché l'obbligo assunto dal mittente non sarà mai quello di assicurare l'adempimento dell'obbligazione principale, sia da quello che connota, invece, le

[36] In questo senso Fezza, *Le garanzie personali atipiche,* cit., 360.

[37] Osserva sul punto Fezza, *op.ult.cit.*, 311-312, che anche nelle dichiarazioni di solvibilità specifica il dichiarante assume un'obbligazione avente ad oggetto un *fare* e non ad un *dare* poiché egli non si impegna ad effettuare il pagamento per conto del patrocinato nell'ipotesi in cui questi non adempia spontaneamente, ma si obbliga ad "adoperarsi affinché il patrocinato sia posto in condizioni patrimoniali e finanziarie tali da poterlo effettuare direttamente". Non è dello stesso avviso, Mazzoni, *Le lettere di* patronage, Milano, 1986, 270, per il quale il fulcro delle dichiarazioni di solvibilità specifica risiede nel pagamento.

garanzie autonome, poiché il mittente non assicura al beneficiario alcuna prestazione di carattere indennitario nell'ipotesi di inadempimento del debitore principale.

Le fattispecie esaminate, in altri termini, non incidono su quei fattori in vista dei quali il legislatore ha ritenuto di limitare preventivamente l'impegno del garante, non sussistendo, in tali casi, la necessità di salvaguardare l'interesse del garante a non subire, attraverso l'assunzione di impegni illimitati nell'importo, un'indebita dilatazione del suo impegno. In caso di inadempimento degli obblighi assunti, infatti, il recupero della perdita eventualmente subita dal finanziatore sarà subordinata alla prova dell'inadempimento della società emittente di quanto promesso di fare e, soprattutto, alla prova dell'entità del danno subito.

A conclusioni differenti deve, invece, necessariamente giungersi per quelle lettere di *patronage* particolarmente impegnative che producono l'effetto di trasferire sul *patronnant*-garante il rischio del mancato raggiungimento del risultato economico connesso all'operazione patrocinata. Sono tali quelle attraverso cui la società emittente, assicurando che la patrocinata pagherà, si impegna ad esonerare il finanziatore dalle perdite che dovesse subire nel caso di mancato rimborso dell'importo finanziato.

È evidente che in tali tipologie di dichiarazioni la funzione di garanzia non si sostanzia più solo nell'assicurare al finanziatore l'esercizio di quei poteri che gli derivano dal rapporto di controllo che lo lega al patrocinato, ma consente al destinatario della lettera di aggredire direttamente il patrimonio della società emittente, così da mettere in condizione il creditore di soddisfare direttamente il suo interesse solutorio, secondo meccanismi non dissimili a quelli che regolano le garanzie in senso proprio. In questi casi l'assunzione di una garanzia illimitata da parte del *patronnant* esporrebbe quest'ultimo ai medesimi pregiudizi subiti dal fideiussore in una comune garanzia di pagamento. Ne consegue, pertanto, che, in tali ipotesi, l'interprete non può esimersi dall'estendere, attraverso il ricorso all'analogia, la portata dell'art. 1938 c.c. a questo particolare tipo di lettere di *patronage*, appunto perché idonee a determinare i medesimi effetti al cui prodursi il legislatore ha commisurato l'obbligo di indicazione di un massimale.

Alla luce delle considerazioni appena svolte e se si ritiene possano essere condivise, appare evidente l'errore di prospettiva generalizzante in cui incorre la Cassazione nel momento in cui estende apoditticamente l'art. 1938 c.c. a tutte le garanzie personali atipiche senza alcuna preventiva valutazione della ricorrenza dei presupposti per l'applicazione della norma, ma semplicemente sulla asserita esistenza di un principio di ordine pubblico economico ricavabile dalla norma stessa che, tuttavia, in quanto generale, stenta ad adattarsi in maniera perfetta ai singoli casi concreti.

Si dovrà, invece, sempre tenere presente il criterio che indubbiamente la legge mostra di voler seguire, secondo il quale la necessità di limitare preventivamente l'impegno del garante è in diretta correlazione con la natura dell'effetto che si mira a voler

conseguire, ossia quello di non esporre il garante al rischio di un incremento inconsapevole della sua esposizione debitoria nell'assolvimento della sua funzione di garanzia.

La soluzione prospettata, in conclusione, predilige un'indagine condotta avendo riguardo la particolare funzione perseguita dalla norma che ha il pregio di dimostrarsi quantomeno coerente col dato normativo, oltre che rispettosa dello stesso: la previa individuazione dell'effetto cui è correlata la previsione dell'importo massimo garantito funge da guida per applicare la disposizione alle altre garanzie personali, purchè idonee a fondare il prodursi di quell'effetto.

Conseguentemente la soluzione alla problematica dell'estensione al *patronage* dell'art. 1938 c.c. non potrà essere formulata in astratto, ma secondo un metodo "casistico" che tenga conto, di volta in volta, della *ratio iuris* sottesa all'art. 1938 c.c. e della idoneità della fattispecie di incidere su quei fattori in vista dei quali si è ritenuto di limitare l'impegno del garante.

Problemi delle professioni

Il ruolo giocato nel Regno Unito dai concetti di *Duty of Care* e *Standard of care* nella tutela risarcitoria per responsabilità medica

di Katarzyna Gromek –Broc e Ettore Smiroldo

1. Il problema della responsabilità medica al centro della nuova disciplina del "*Medicale Law*". Oggetto e metodo dell'indagine

Questo lavoro si occupa del dovere di assistenza dei medici nel diritto inglese. Il concetto di dovere di assistenza *(the duty of care)* non sembra avere un preciso equivalente negli ordinamenti di *civil law*, dove esso viene in genere quasi integralmente ricondotto alla ordinaria disciplina della responsabilità civile. Il diritto inglese impiega invece il concetto di *duty of care* per stabilire se in base al diritto atti negligenti o omissioni possano condurre alla responsabilità del medico[1].

I temi del *duty of care* e degli *standards* di cura, con le conseguenti azioni per il risarcimento del danno, costituiscono una parte importante della disciplina del "diritto sanitario"[2] (*medical law*), materia in Inghilterra formatasi in tempi relativamente recenti, il cui *status* di disciplina autonoma è peraltro ancora discusso, utilizzando concetti e istituti appartenenti ad aree disciplinari più tradizionali come il diritto privato, il diritto del lavoro, il diritto penale e il diritto pubblico e non è pacifico che abbia un territorio di sua esclusiva pertinenza[3]. Ma proprio l'intreccio tra problemi di diritto privato e problemi di diritto pubblico costituisce uno dei tratti di maggior interesse di questo nuovo campo di studi.

Non c'è consenso, tuttavia, sulla terminologia da adottare. In letteratura si trovano una varietà di espressioni: "diritto dell'assistenza sanitaria", "diritto della medicina clinica", "diritto e medicina" o, circoscrivendone l'oggetto, "diritto della responsabilità medica". Altri autori preferiscono usare l'espressione "etica medica", adottando evidentemente un approccio di tipo filosofico indirizzato a mettere in luce gli "obblighi di natura morale che governano la prassi medica"[4]: in questo modo, però, si pone l'ac-

1 Howarth D., Many Duties of Care: Or a Duty of Care? Notes from the Underground, 2006, 26 *OJLS*, p. 449-72, McBride N., Duties of Care: Do They really exist?, 2004, 24 *OJLS*, p. 417.

2 In letteratura si incontrano svariate denominazioni.

3 Kennedy I., The emerging problems of medicine, technology and the law, *The Cambridge Lectures*, 1985.

4 Dunstan et al, *Dictionary of Medical Ethics*, 1981 (Danton, Longman and Todd 2ed).

cento sulla questione delle scelte morali, mettendo in secondo piano gli aspetti relativi all'organizzazione dell'assistenza sanitaria e alle sue implicazioni pratiche.

In ogni caso, la disciplina del diritto sanitario attraversa una fase di espansione e ciò è dovuto tanto al progresso della ricerca medica in campi tecnologicamente d'avanguardia, come la fertilizzazione *in vitro*, la clonazione umana, la separazione dei gemelli siamesi o la donazione degli organi; quanto alle spinte provenienti dal dibattito, tuttora vivace, su alcuni temi più tradizionali, come, ad esempio, il consenso informato, il segreto professionale, l'aborto e l'eutanasia. La sua rilevanza emerge, però, soprattutto rispetto al problema della responsabilità medica, come dimostra il cospicuo numero di controversie giudiziarie instaurate ogni anno in questo ambito.

Per quanto il focus del presente saggio ruoti attorno ai profili giuridici dell'imperizia medica, non dobbiamo dimenticare che, nel complesso, i pazienti del *National Health Service* (NHS) mostrano un elevato livello di soddisfazione nei suoi confronti: in un sondaggio di qualche anno fa il novanta per cento degli intervistati esprimeva un giudizio positivo sulle cure ricevute[5]. Questo a dispetto del fatto che, nella prassi medica, si verifichino incidenti ed errori con effetti devastanti: ogni anno, infatti, circa 400 persone perdono la vita o riportano lesioni gravi a causa di trattamenti sanitari. I dati a nostra disposizione indicano che l'undici per cento dei pazienti ricoverati in ospedale ha patito conseguenze negative a seguito delle cure ricevute: in più della metà dei casi, tali conseguenze si sarebbero potute evitare applicando gli standard di cura appropriati[6]. Nel 2004, il 44 percento del personale dell' NHS ha riferito di essere stato testimone di errori medici o di aver rilevato condotte al limite dell'errore[7].

Quali conseguenze derivano, sul piano giuridico, dal fatto che una persona abbia subito un danno a seguito di un trattamento sanitario?

L'ordinamento appronta, per questi casi, alcuni rimedi, il più comune dei quali è l'azione in sede civile: una persona può promuovere un giudizio per il risarcimento del danno da imperizia medica nell'ambito del *National Health Service* oppure, quando l'assistenza medica sia stata prestata da un soggetto privato, invocare la violazione degli obblighi contrattuali[8].

È altresì possibile, per i pazienti, promuovere un procedimento disciplinare all'interno del *NHS*. Questa procedura non ha, però, una finalità risarcitoria rispetto alle pretese del soggetto che lamenta un danno da *negligence* e, di conseguenza, risulta meno interessante per il paziente.

---

5 Healthcare Commission, Healthcare Commission Patient Survey (2004) in Herring J, *Medical Law and Ethics*, (OUP, 2006) p. 37; vedi anche Herring J., *Medical Law and Ethics*, 2010 (OUP, 3ed).

6 Vincent, Neal, Woloshynowych, Adverse events in British hospitals: Preliminary retrospective record review, 2001, 7285, *BMJ*, p 322-517 (2001) anche in Herring J, *Medical Law and Ethics*, (OUP, 2006) p.38.

7 Healthcare Commission (2005) in Herring J, *Medical Law and Ethics*, (OUP, 2006) p.38.

8 *Ibid.,* Herring J., p.39 anche Herring J., *Medical Law and Ethics*, 2010 (OUP, 3ed).

L'ultima opzione è la denuncia penale: la fattispecie di reato contestabile in questi casi è, però, solo l'omicidio colposo[9]. Quick osserva che, nonostante gli errori nell'ambito medico possano assumere diverse forme ed essere di varia entità, il diritto penale inglese adotta un approccio eccessivamente restrittivo e rigidamente binario: o sussistono le condizioni per incriminare l'operatore sanitario per omicidio oppure non si ha esercizio dell'azione penale[10].

In questo saggio ci soffermeremo sull'azione di risarcimento del danno derivante da imperizia medica, il tipo più frequente di controversia nell'ambito del diritto sanitario. Le questioni fondamentali riguardano l'individuazione delle situazioni in cui sorge la responsabilità; se questa abbia natura contrattuale o extracontrattuale; cosa costituisca "imperizia" nell'ambito dell'assistenza sanitaria; quali sono gli standard di assistenza che ci si può aspettare dal medico; quali sono i criteri che presiedono all'accertamento della "colpa professionale"; che effetto produce la mancanza del consenso del paziente. Infine, l'interrogativo che appare maggiormente rilevante ai fini della nostra indagine: esiste un dovere di assistenza *(duty of care)* oppure no[11]?

L'analisi verrà condotta analizzando il dovere di assistenza e i casi in cui esso non sussiste, lo standard di cura, la violazione di questo dovere e, sinteticamente, il problema del nesso di causalità. Tuttavia, è importante sottolineare che, nel Regno Unito, le cause aventi ad oggetto la responsabilità medica non vertono principalmente sul dovere di assistenza in sé, in quanto esso non solleva particolari problemi all'interno del *common law*. Nell'ambito della sanità privata il rapporto medico-paziente è regolato da un *contract for services* che impone, oltre al normale dovere di assistenza, l'adempimento di tutte le obbligazioni nascenti dal contratto stesso. La maggior parte dei giudizi sono promossi, tuttavia, contro il *National Health Service*, che è un servizio pubblico facente capo all'amministrazione dello Stato ed è di questi che ci occuperemo principalmente nel presente saggio.

Le azioni di risarcimento per imperizia medica sono il più delle volte esperite contro il datore di lavoro (le aziende ospedaliere facenti parte dell'NHS), responsabile in solido per gli atti e le omissioni del personale sanitario.

Nella causa *Cassidy v. Ministry of Health*, Lord Denning LJ ha affermato: "Laddove i dirigenti degli ospedali accettino di somministrare un trattamento sanitario ed essi stessi selezionino, assumano e impieghino i professionisti che, nel caso concreto, somministrano il trattamento, essi sono civilmente responsabili per l'imperizia di coloro che non abbiano somministrato cure adeguate, e ciò indipendentemen-

9 *R v Adomako* [1995) 1AC 171.

10 Quick O., Medicine, mistakes and manslaughter: a criminal combination?, 2010, 69 (1) *Cambridge Law Review*, 186-203.

11 De Cruz, P., *Comparative Healthcare Law*, (Cavendish, 2001).

te dal fatto che si tratti di medici, chirurghi, infermieri o personale appartenente ad altre categorie".

Secondo questa posizione, la responsabilità dell'azienda ospedaliera insorge anche nel caso in cui il medico non sia legato alla stessa da un rapporto di lavoro subordinato, cioè sia *self-employed*. E ancora: "L'attore non sapeva in che termini i dirigenti della struttura ospedaliera avessero assunto il proprio personale. Tutto ciò che egli sapeva è che, in ospedale, era stato curato da personale assunto da costoro e che, dunque, gli stessi avrebbero dovuto rispondere, nei suoi confronti, per le modalità di somministrazione del trattamento"[12].

Nelle cause aventi ad oggetto l'illecito derivante da imperizia, colui che reclama il diritto al risarcimento del danno deve dimostrare tre cose: che sul professionista sanitario incombeva un dovere di assistenza; che tale dovere di assistenza è stato violato (e questo si verifica anche nel caso in cui le cure non rispettino lo standard appropriato); infine, l'attore deve provare il nesso di causalità ovvero che egli ha subito un danno quale conseguenza della violazione di quell'obbligo. Riguardo a questo ultimo punto, l'attore deve, altresì, dimostrare che il danno era prevedibile e che gli effetti negativi non siano "*too remote in law*"[13].

Lo scopo di questo articolo è dimostrare che, nel diritto inglese, la tutela garantita al paziente e alle persone che si trovino in pericolo di vita è insoddisfacente e che sono opportune, al più presto, delle riforme che, senza necessariamente avere portata generale, la rafforzino. Nonostante la pressione crescente verso l'adozione di un approccio basato sui diritti dei pazienti e le norme contenute nello *Human Rights Act* del 1998, allo stato attuale la vittima di un errore medico o il paziente che ha subito un danno devono affrontare una lunga battaglia legale per il riconoscimento dei propri diritti e per ottenere un risarcimento. L'articolo illustra, quindi, l'iter dell'azione civile per il risarcimento del danno da imperizia medica e le difficoltà cui va incontro l'attore, riconducibili ad una certa illogicità e mancanza di sistematicità del diritto in quest'area. Innanzitutto, si prenderà in considerazione l'assenza di un quadro normativo generale che ricomprenda l'obbligo morale di assistere un malato o di salvarne la vita, passando in rassegna alcuni degli argomenti avanzati, in punto di diritto, a supporto dello *status quo*. Si esaminerà, poi, il dovere di assistenza e lo standard di cura per come tali nozioni si sono sviluppate e si manifestano nella prassi giurisprudenziale, alla quale, invero, non può negarsi una certo grado di logicità ed efficacia. In ogni caso, sebbene molte lacune siano state colmate e la giurisprudenza si stia evolvendo in una direzione condivisibile, un intervento legislativo potrebbe fornire al sistema della responsabilità medica un dispositivo di sicurezza a favore dei cittadini.

[12] *Cassidy v Ministry of Health* [1951] 1 All E.R. 574.
[13] Sulla prevedibilità del rischio vedi *Scout Association v Barnes* [2010] EWCA Civ 1476.

Nell'ultima parte ci occuperemo delle norme che governano l'accertamento di una violazione del dovere di assistenza e la prova del nesso di causalità, sottolineando, inoltre, che alcune delle difficoltà che si presentano in quest'area derivano dallo specifico carattere della medicina e che tale specificità dovrebbe essere tenuta presente dalle corti nell'applicazione giudiziale dei test del *law of tort*. L'applicazione delle regole generali dell'illecito derivante da imperizia che non tenga nella debita considerazione il fatto che la medicina non è una scienza esatta, porta, in definitiva, all'indebolimento della posizione dell'attore, negandogli la possibilità di ottenere un risarcimento e creando, in aggiunta, anomalie nel sistema.

2. Duty of care nel *common law*

L'azione di risarcimento danni da imperizia medica prende sempre avvio con un test sulla esistenza di un dovere di assistenza (duty of care). La nozione di *duty of care* è spesso definita come superflua, il risultato di un incidente storico[14]. Si tratta di una nozione desunta dal *tort law*: poiché il *common law* non impone un dovere di assistenza, l'indagine, in questo tipo di giudizi, verte sulla sussistenza di tale dovere nei confronti dell'attore e sulla sua violazione da parte del convenuto. Anche se l'attore è in grado di provare che il danno è stato causato dalla negligenza del convenuto la legge può non riconoscere l'esistenza di *duty of care*, rifiutando in questo modo di imporre la responsabilità. La spiegazione può essere semplicemente che la legge non garantisce una uguale tutela ai diversi tipi di danni.

L'accertamento dell'esistenza del dovere di assistenza è, infatti, *condicio sine qua non* affinché gli operatori sanitari ovvero altre categorie di soggetti possano essere ritenuti civilmente responsabili per le loro condotte negligenti o per le loro omissioni. A riguardo, si rileva come, nell'ambito del *tort law*, la distinzione tra atti e omissioni presenti una certa dose di ambiguità.

In molti casi, le omissioni potrebbero essere equiparate, in via interpretativa, a condotte positive, ed essere, quindi, intese come azioni inappropriate[15]. Quale sia lo status delle omissioni nell'ambito della *negligence* è una questione ancora aperta, anche se, di recente, si è proceduto ad una riflessione sul tema del rapporto di causalità intercorrente tra danno e condotta omissiva, sotto la spinta dello *Human Rights Act* del 1998 che ha imposto agli organi dello stato la protezione dei diritti garantiti dalla Convenzione[16].

[14] *Markesinis & Deakin's Tort Law* (2008, OUP) p.116, Winfield P., Duty in Tortious Negligence, 1932, *Col. LR* 41 at 66.

[15] Steele J., *Tort Law: Text, Cases and Materials* (2010, OUP) p.168.

[16] *Ibid.*

Nel diritto Inglese, diversamente da quanto accade nei paesi di *civil law*, non si rinviene un dovere di assistenza modellato sulla figura del 'buon samaritano'. In questi ultimi, i codici impongono un obbligo di assistenza non solo ai medici e agli altri operatori sanitari, ma anche ad ogni individuo, su cui grava, conseguente, un dovere di salvare e fornire assistenza alle persone in pericolo, la cui violazione è penalmente sanzionata. Secondo il *common law*, nel rapporto tra due estranei non possono ravvisarsi le condizioni necessarie per l'insorgere della responsabilità, in quanto i soggetti non si trovano in una relazione sufficientemente "*proximate*" e, dunque, non si riterrebbe "*just and reasonable"* una decisione in questo senso, da parte delle Corti[17].

Il Codice Penale Francese, all'articolo 223-6, relativo all'assistenza delle persone in pericolo, commina una pena detentiva fino a cinque anni, mentre il Codice Penale Italiano, all'articolo 593, rubricato "omissione di soccorso", commina la pena della reclusione fino ad un anno, raddoppiata in presenza di circostanze aggravanti[18]. Il diritto inglese, al contrario, sembra quasi voler dissuadere le persone dal prestare soccorso alle vittime di incidenti o a coloro che si trovino, altrimenti, in una situazione di emergenza. In analogia con quanto stabilito dalla giurisprudenza in materia di responsabilità medica, la loro responsabilità può insorgere nel momento in cui le loro azioni "determinano un peggioramento delle condizioni della vittima"[19].

Il *common law* inglese non impone nessun obbligo di salvataggio nei confronti degli estranei, "per quanto grave possa essere l'emergenza e indipendentemente dalla facilità con cui si potrebbe prestare aiuto in modo efficace"[20].

È generalmente accettato che non sussista alcun dovere in capo all'operatore sanitario di somministrare un trattamento, a meno che il soggetto non sia già un suo paziente ovvero egli non intervenga spontaneamente[21]. Così, "[u]n medico può contravvenire al giuramento di Ippocrate e negare assistenza a uno sconosciuto"[22], anche se, in tale ipotesi, corre il rischio che gli venga contestata la *personal misconduct*[23].

Conseguentemente, come Lord Justice Stuart-Smith ha affermato nella causa *Capital and Counties plc v Hampshire County Council*, "dalla mera vicinanza fisica tra un dottore e una persona malata, non scaturisce un dovere di prestare delle cure"[24].

17 *Caparo Industries plc Dickman* [1989] CA, [1990] HL.

18 Vedere anche Kortman J., *Altruism in Private Law*, 2005 (OUP), Chapter 4, Van Dam C., *European Tort Law* (OUP, 2006); anche Cadoppi A., Failure to Rescue and the Continental Criminal Law, in Menlowe M.A. and McCall Smith A.,(eds) *Duty to Rescue* (Aldershot, 1993), p. 93-130.

19 C*apital and Counties plc v Hampshire County Council*, [1997]QB 1035B.

20 Williams K., Medical Samaritans: Is there a duty to treat?, 2001, 21(3), *Oxford Journal of Legal Studies*, p.395.

21 *Ibid.*

22 Fleming J.G, *The Law of Torts,* 1992 (8th ed), p. 147; vedi anche Williams K, Litigation against English NHS ambulance services and the rule in Kent v Griffiths, 2007, 15(2) *Medical Law Review*, at 157.

23 *Supra note 17,* Williams, 393, also in Williams K., Doctors as Good Samaritans: Some Empirical Evidence Concerning Emergency Medical Treatment in Britain, 2003, 30, *JLS*, p 258.

24 C*apital and Counties plc v Hampshire County Council*, [1997] QB 1035B.

Analogamente, nel caso in cui una persona accusi un malore in un luogo pubblico, il medico che sia eventualmente presente non è tenuto a prestargli assistenza. Coerentemente con l'assunto generale che nega l'esistenza di un dovere universale di assistenza, aiutare uno sconosciuto potrebbe essere considerato, nell'ambito del diritto inglese, come una forma di "altruismo forzato": dunque, le condotte omissive in questo senso non potranno ritenersi sanzionabili.

Al contrario, la legge sembra "punire" il medico che, nel tentativo di aiutare un estraneo, causi, sia pure involontariamente, l'aggravamento delle sue condizioni: infatti, dal momento dell'intervento, "egli ha l'obbligo di non peggiorare le condizioni della vittima"[25] e la sua responsabilità insorge a causa dell'aver prestato un'assistenza inappropriata o inadeguata.

Dunque, un medico, per così dire, "insensibile" non incorre in alcuna conseguenza per la sua "omissione" laddove, invece, il medico che presti assistenza può essere ritenuto responsabile. Per il diritto inglese, il rapporto medico-paziente che dà vita al dovere di assistenza si instaura nel momento in cui il medico comincia a somministrare un trattamento all'estraneo. Nella causa *Horsley v. McLaren* la corte ha stabilito che "una volta che il medico inizi le cure, egli deve fare tutto quanto possa essere ragionevolmente ritenuto capace di fare per salvare la persona in pericolo la quale, a partire da questo momento, diviene un suo paziente"[26].

Come si è accennato prima, agli individui non viene imposto alcun obbligo di tentare neanche un facile salvataggio degli estranei. I sistemi di *common law* hanno adottato la posizione secondo cui "i privati cittadini non dovrebbero essere assoggettati a forme di 'altruismo obbligatorio'"[27].

Salvare un estraneo potrebbe essere "gravoso, interferire con la libertà individuale e risultare nell'appropriazione da parte dello stato di risorse del cittadino senza che questi riceva alcun indennizzo"[28]. Questi argomenti riflettono il modo in cui è percepito il dovere di assistenza all'interno del *common law*: tale percezione, pur non essendo particolarmente convincente, risulta saldamente radicata nel sistema.

Giungiamo, dunque, a quel paradosso, descritto da Fleming, secondo cui "nel *common law* si è prodotta così l'anomalia di ritenere il 'samaritano' privo di competenze responsabile, scusando, al tempo stesso, il 'levita'"[29].

---

25 *Ibid*.

26 *Horsley v. McLaren* [1972] 22DLR(3d) 545.

27 Williams K, Litigation against English NHS ambulance services and the rule in Kent v Griffiths, 2007, 15(2) *Medical Law Review*, at 157.

28 *Ibid*., Lord Hoffmann in *Stovin v Wise* [1996] AC 923 at 943.

29 Fleming J.G, *The Law of Torts* (7th edition, 1987) 135; vedi anche Williams K, Emergency Services to the rescue, 2008, *Journal of Personal Injury Law*, 202-208, vedere anche Heyman J., Foundations of the Duty to Rescue, 1994, 47 *Vanderbilt Law Review*, p; 675-755; Feinberg J., The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan, 1984, 3, *Crim J. Ethics*, p.68; Williams K., Road Accidents and Emergency Services: the

Il paradosso risiede nel fatto che il diritto è qui una forza che spinge verso l'affievolimento dei valori morali e la svuotamento del Giuramento di Ippocrate. Come osservato da Markesinis, viviamo in un mondo in cui "l'egoismo privato è stato elevato al rango di virtù pubblica"[30].

È chiaro che fintantoché si rimane fedeli agli argomenti desunti dal *common law* sia pressoché impossibile immaginare un cambiamento nel modo di percepire il dovere di assistenza. Tuttavia, non è forse lo scopo del diritto l'incorporazione, al suo interno, di obblighi di natura morale? Non si dovrebbe spostare l'attenzione verso l'importanza del Giuramento di Ippocrate e del messaggio che veicola, invece di minacciare l'imposizione di sanzioni contro chi presta assistenza? La legge non dovrebbe forse fornire una cornice dentro la quale il comportamento moralmente riprovevole non venga glorificato? A questo proposito va sottolineato che il giurista di *common law* non potrebbe essere mai favorevole ad una legge che configuri situazioni moralmente inaccettabili. Ma perché no?

Lord Hoffman ha ricostruito, in termini politici, morali ed economici, la *ratio* della posizione del *common law*:

"In termini politici, il fatto che la legge richieda all'individuo di prendere in considerazione soltanto l'altrui incolumità costituisce una invasione della sua libertà minore rispetto all'imporgli un dovere di salvataggio o di protezione. In termini morali, questo punto può essere riformulato come l'argomento del 'perché prendersela con me?' […] Perché, cioè, qualcuno dovrebbe essere ritenuto responsabile piuttosto che un altro? In termini economici, il principio dell'allocazione efficiente delle risorse richiede, normalmente, che qualunque attività debba sopportare i suoi propri costi. […] Non c'è giustificazione per richiedere che la persona che, di fatto, non svolga alcuna attività debba spendere denaro per qualcun altro. […] Il diritto inglese non ricompensa colui che volontariamente conferisca ad un terzo un beneficio avente contenuto economico"[31].

Ciò che interessa principalmente Lord Hoffman è il costo che ricadrebbe sulla comunità nel caso in cui i giudici adottassero un approccio più favorevole alle vittime ed estendessero l'ambito del dovere di assistenza sino ad includervi, quantomeno, tutti i servizi di emergenza. Egli considera la protezione delle autorità pubbliche dalla "minaccia di assoggettamento ad un regime di responsabilità dai contorni in-

Law and Practice of Professional Rescue Re-visited, 2003, 19 (4) *Professional Negligence*, p.517-535; Dingwall G., Gillespie A., Reconsidering the Good Samaritan: a Duty to Rescue, 2008, *Cambrian Law Review*, p.26-39; Harnay S, Marciano A., Should I help my neighbour? Self-interest, altruism and economic analyses of rescue laws, 2009, 28(2) *European Journal of Law and Economics*, p. 103-131.

30 Markesinis B.S., Negligence, Nuisance and Affirmative Duties, 1989, 105 *LOR*, 104 at 112; vedi anche Williams, p. 395.

31 *Stovin v Wise* [1996] AC 923.

determinati" come un imperativo. La magistratura sembra preoccuparsi che l'estensione del dovere di assistenza porterebbe ad un flusso inarrestabile di controversie giudiziarie, rafforzando, inoltre, la 'cultura del risarcimento' ed aumentando i costi per le finanze pubbliche.

L'attuale assetto normativo è stato difeso da Malm[32] il quale ha messo in discussione l'idea che l'obbligo morale di prestare aiuto richieda di essere sanzionato dal diritto. Coloro che sono favorevoli all'attuale posizione dovrebbero superare tre ostacoli. In primo luogo, dovrebbero dimostrare che le leggi in questa materia sono moralmente legittime e che il dovere di prestare aiuto è un candidato appropriato per l'implementazione legale. Secondariamente, devono dimostrare che l'obbligo di prestare aiuto può essere definito in maniera sufficientemente precisa da poter essere implementato dalle corti. Infine, devono dimostrare che dal punto di vista dell'analisi dei costi e dei rischi ne valga la pena[33].

Malm sostiene che le attuali leggi improntate sul modello del "cattivo samaritano" possono essere moralmente legittime e che non è certo che le leggi che accolgano il modello del "buon samaritano" possano apportare benefici tali da superare tanto i rischi quanto i costi. Egli suggerisce, pertanto, che la strada giusta da percorrere sia spingere gli individui ad aiutarsi l'un l'altro senza l'intervento di coazione alcuna da parte dell'ordinamento[34].

Abbiamo sinora discusso i casi in cui il dovere di assistenza non sussiste ma, per contro, vi sono molte situazioni in cui esso insorge. Come abbiamo accennato in precedenza, l'attore in una causa di risarcimento danni deve provare la sussistenza del dovere di assistenza, che tale dovere è stato violato e che vi è un legame causale tra tale violazione e il danno patito. Brazier osserva che nei casi ordinari "un paziente che, in giudizio, avanzi una pretesa risarcitoria nei confronti del suo medico […] non incontra particolari difficoltà nel dimostrare che il convenuto era tenuto a prestargli assistenza"[35].

Per quanto riguarda i casi incerti, la *House of Lords*, nella causa *Caparo,* ha fornito un test per accertare la sussistenza del dovere in discorso[36].

Lo sviluppo del *duty of care* deve procedere incrementalmente, caso per caso, attraverso l'estensione analogica dei precedenti[37]. Secondo il suddetto test, il dovere di assistenza sorge 1) quando il danno sia prevedibile; 2) quando vi sia sufficiente *prossimità* tra le parti; 3) quando sia giusto e ragionevole imporlo[38].

---

32 Malm H.M., Bad Samaritan laws: harm, help or hype? 2000,19 (6) *Law & Phil*, 707-750.
33 *Ibid*., p. 707.
34 *Ibid*., p. 748.
35 Brazier M., *Medicine*, *Patients and the Law* 1992, (2nd edition) pp. 117-118.
36 *Caparo Industries v Dickman* [1990] 2A.C. 605.
37 Pattinson S.D., *Medical law and Ethics*, (Sweet & Maxwell 2006, 1st ed) 64.
38 *Caparo Industries v Dickman* [1990] 2A.C. 605.

Al *General Practitioner* è imposto un dovere di assistenza nei confronti dei suoi pazienti registrati, qualora essi lo abbiano consultato sul problema intorno al quale è nata la controversia. Il *General Practitioner* non ha l'obbligo di fare indagini su un paziente e visitarlo salvo che egli sia consapevole del suo stato di salute ovvero che il paziente sia ultrasettantenne ovvero abbia delle necessità particolari. Nelle situazioni di emergenza, il *General Practitioner*, a differenza degli altri, ha *ex lege* il dovere di prestare delle cure a chiunque abbia bisogno immediatamente di aiuto nel suo distretto[39].

Nel caso delle cure ospedaliere, il dovere di assistenza insorge una volta che il paziente sia stato ricoverato; tuttavia, in circostanze di emergenza, ciò si verifica nel momento stesso in cui il paziente si presenta al pronto soccorso, dunque, anche prima che egli abbia consultato un dottore.

Prima del 2001, non vi era un dovere di assistenza incombente sugli addetti ai servizi di emergenza come ambulanze, polizia, vigili del fuoco o guardia costiera. A riguardo, Howarth commentò: "è una regola *straordinaria* […] che i servizi di salvataggio pubblico non abbiano il dovere di salvare nessuno"[40]. Con la sentenza *Kent* del 2001, questo obbligo è stato esteso nel senso che si richiede che i servizi di ambulanza rispondano alle chiamate di emergenza in tempi ragionevoli[41].

Comunque, il principio generale, secondo cui gli addetti ai servizi di emergenza, della polizia e dei vigili del fuoco non sono civilmente responsabili, sembra permanere immutato.

Questa decisione ha creato una divisione artificiale tra i servizi di ambulanza e gli altri servizi di emergenza. Nondimeno, l'aspetto positivo di questa distinzione potrebbe essere visto nel fatto che la polizia e i pompieri salvano quotidianamente la vita delle persone: quando lo fanno, è sempre a loro discrezione, giacché se non riescono ad essere presenti o arrivano in ritardo là dove è richiesto il loro intervento, la loro condotta non può essere contestata in termini di *negligence*. Né, d'altra parte, essi possono essere ritenuti responsabili per avere determinato un peggioramento delle condizioni di una persona, ciò che dà loro la libertà di agire velocemente ed efficacemente, senza preoccuparsi delle eventuali conseguenze negative della loro azione.

I giudici inglesi, rifiutando l'imposizione del dovere di assistenza su costoro, pur distinguendo il caso dei servizi di ambulanza, li ha, in pratica, equiparati ai cittadini

[39] 15 (6) NHS (General Medical services Contracts) Regulations 2004 (SI 2004 No 291; vedi anche Williams K, Litigations against English NHS ambulance services and the rule in Kent v Griffiths, 2007, 15(2) *Medical Law Review*, 153-175.

[40] Howarth D., Public Authority Non-Liability: Spinning Out of Control, 2004, 63 *Cambridge Law Review*, pp. 546-7.

[41] *Kent v Griffiths* [2000] 2All ER 474 (CA).

ordinari che, come si è visto, non hanno l'obbligo di prestare assistenza nei confronti di nessuno[42].

Tuttavia, qui ci sono segni di apertura della giurisprudenza rispetto alla posizione tradizionale. Nel caso *Smith* di alcuni anni fa, riguardante l'obbligo di assistenza da parte della polizia nella forma della protezione delle potenziali vittime[43], Lord Justice Rimer ha osservato che la sua efficacia risulterebbe diminuita se le si conferisse una immunità totale: "piuttosto, le considerazioni di natura politica, come il possibile dirottamento delle limitate risorse a disposizione, l'obbligo della polizia di difendersi in giudizio (*defensive policing*) o la minaccia di assoggettamento a responsabilità civile, vanno trattate semplicemente come ragioni perché l'imposizione del dovere di assistenza possa non essere considerata 'equa, giusta e ragionevole' […] ma un ripensamento può essere necessario se il *common law* e l'articolo 2 della Convenzione, *il diritto alla vita*, devono 'svilupparsi in armonia'"[44].

Così, la decisione nella causa *Smith v Chef Constable of Sussex Police* è stata un'opportunità per ripensare l'attuale posizione e mettere sul tavolo l'interrogativo pressante circa l'opportunità e le eventuali modalità di estensione del dovere di assistenza ad altri servizi di emergenza. Nondimeno, la *House of Lords* ha ribaltato la decisione della Corte di Appello, riconsiderando la volontà delle corti di interpretare i principi del *tort law* alla luce della Convenzione. Lord Bingham ha affermato che l'imposizione di un dovere di assistenza sulla polizia costringerebbe quest'ultima a concentrarsi sulla difesa in giudizio e dirotterebbe le risorse a sua disposizione dalla lotta al crimine alle liti giudiziarie[45].

Allo stato attuale, la distinzione tra i servizi di ambulanza e gli altri servizi di emergenza viene ancora mantenuta.

Tuttavia, le corti inglesi risentono sempre più della spinta verso l'implementazione delle norme contenute nello *Human Rights Act* del 1998 che impone agli organi pubblici l'obbligo di proteggere la vita degli individui (articolo 2), un obbligo la cui la violazione legittima l'azione in sede civile. Nella causa S*avage v South Essex Partnership NHS Trust*, la *House of Lords* ha distinto due obblighi, aventi contenuto positivo, che sorgono in base all'articolo 2 della CEDU: il primo impone agli organi pubblici di creare delle strutture che garantiscano la salvaguardia della vita delle persone; il secondo è un dovere "operazionale" consistente nell'agire a protezione

[42] Booth C., and Squires D., *The Negligence Liability of Public Authorities*, 2006 (OUP, 2006) par. 3.106.

[43] *Smith v Chief Constable of Sussex Police* [2008] EWCA Civ 39 see for comments: Williams K., Litigation against English NHS ambulance services and the rule in *Kent v Griffiths*, 15(2) *Medical Law Review*, 153-175, also Williams K., Emergency to the Rescue, or not, again, 2008, *Journal of Personal Injury Law*, 265-271.

[44] *Smith v Chief Constable of Sussex Police* [2008] EWCA Civ 39 (at 34 and at 45).

[45] *Smith v Chief Constable of Sussex Police* [2008] UKHL 50; vedi anche *Chief Constable of the Hertfordshire Police v Van Call* [2008] UKHL 50.

della vita, in particolari circostanze, come quando vi sia una situazione di pericolo imminente[46].

Una delle prime cause incentrate sul dovere di cura è *Barnett v Chelsea*[47]. Tre guardiani notturni si presentarono al pronto soccorso, lamentando di avere cominciato a vomitare dopo l'ingestione di tè sul luogo di lavoro. L'infermiera informò, via telefono, il medico di guardia circa i sintomi da essi descritti ma egli, non sentendosi bene, si limitò a darle istruzioni affinché rimandasse a casa gli uomini, aggiungendo che gli stessi avrebbero dovuto contattare il loro medico di base. Le tre guardie, quindi, tornarono alle loro case, senza che il medico di guardia le avesse visitate personalmente. Tuttavia, uno di loro morì, come fu accertato, per avvelenamento da arsenico, quest'ultimo contenuto nel tè.

In questo giudizio, la questione principale riguardava il rapporto tra i tre uomini e il personale dell'ospedale: la corte accertò sia la sussistenza del dovere di assistenza, nel caso di specie, che la sua violazione, consistente precisamente nel fatto che il medico di turno non visitò personalmente i pazienti e, dunque, non giunse a formulare una diagnosi appropriata. Justice Nield affermò: "Secondo il mio giudizio, qui vi era un rapporto talmente stretto e diretto tra l'ospedale e i guardiani che sul primo gravava un dovere di assistenza nei confronti dei secondi. Così è difficile dubitare che l'infermiera Corbett e il medico del pronto soccorso avevano il dovere, rispetto a colui che è, poi, deceduto, di esercitare quelle competenze e prestare quelle cure che ci si possono aspettare da persone che in quella posizione agiscano ragionevolmente".

In conclusione, le soluzioni normative offerte dal *common law* nelle ipotesi di accertamento della sussistenza del dovere di assistenza, appaiono in grado di cogliere, in maniera puntuale e, nel complesso, sufficientemente coerente, la varietà delle istanze individuali che vengono avanzate in questa materia, riscontrando le stesse, nella maggior parte dei casi, in modo efficace. Va, però, sottolineato che, al di fuori di queste ipotesi, la posizione di colui che reclama un diritto al risarcimento del danno non è tutelata.

3. I criteri per un accettabile "*standard of care*"

La responsabilità civile del medico insorge non soltanto quando egli ometta di prestare assistenza ad un paziente ma anche quando le cure non rispettino gli standard di qualità e appropriatezza. Consideriamo, dunque, la definizione giurispru-

[46] *Savage v South Essex Partnership NHS Trust* [2008] UKHL 74; [2009] 2 WLR 1667; vedi anche *Ibid.,* Steele J., p. 171.

[47] *Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* [1969] 1 QB 428.

denziale dei criteri che consentono di giudicare della accettabilità di un particolare standard di cura.

Nel caso *Wilsher*, un medico giovane ed inesperto inserì per errore un catetere nella vena di un bambino, invece che, correttamente, in un'arteria. Secondo la decisione della corte di Appello, l'Autorità Sanitaria ha sempre l'obbligo di garantire un alto livello di competenza nel trattamento, senza che rilevi, a sua discolpa, la scarsità di risorse economiche disponibili[48].

La causa *Robertson v Nottingham HA* riguardava lo stress prenatale cui era stato esposto un neonato per via di un ritardo nel parto pari a sei ore, quest'ultimo dovuto alla lentezza ed inefficienza con cui l'ospedale aveva approntato le misure necessarie: tale disfunzione fu imputata all'assenza di un sistema di comunicazione affidabile tra i membri dello staff medico della struttura[49].

In quella occasione, la Corte d'appello stabilì che "sull'ospedale incombe un dovere, non delegabile, di organizzare un sistema appropriato di cura, tanto quanto su di esso incombe l'obbligo di assumere personale competente e di operare con attrezzature sicure e di buona qualità […] se un paziente subisce un danno, quale conseguenza di una colpevole interruzione nel sistema di comunicazione delle informazioni ai suoi medici curanti, non può essergli negato un risarcimento solamente in virtù del fatto che le carenze, nell'organizzazione e nel monitoraggio del sistema in questione, non siano addebitabili ad un singolo ovvero ad un insieme di persone identificabili"[50].

Questa posizione venne ulteriormente sviluppata dalla Corte di Appello nella sentenza *Bull v Devon AHA* che è intervenuta sul tema della ragionevolezza dello standard di cura[51]. Poiché non vi erano medici immediatamente disponibili per l'assistenza della signora Bull durante il parto, questo ebbe luogo con un ritardo tale che, per l'eccessivo prolungarsi del travaglio, il neonato riportò delle disabilità, evidentemente derivate dall'asfissia dallo stesso patita.

L'ospedale forniva i propri servizi in due luoghi distinti ma il sistema, normalmente utilizzato per richiamare i medici, si era guastato. Secondo la Corte di Appello la struttura sanitaria non era riuscita ad offrire alla donna un'assistenza di livello accettabile. *Lord Justice* Slade affermò: "Il dovere di una struttura ospedaliera è far assistere da un medico ostetrico competente la donna che sia in fase di travaglio, oltre a fornire cure pediatriche, per assicurare che il parto avvenga in condizioni di sicurezza e che la salute della madre sia salvaguardata, nei limiti di quanto sia, in concreto, ragionevole

48 *Wilsher v Essex Area Health Authority* [1986] 3All ER 801, [1987] 2 WLR 425.
49 *Robertson v Nottingham HA* [1997] 8 Med LR 1.
50 *Ibid.*
51 *Bull v Devon AHA* [1993] 4 Med LR 117 (CA).

attendersi". *Lord Justice* Dillon giunse a conclusioni analoghe: "a mio giudizio, l'attore ha provato, secondo i criteri probatori ordinari, che il fatto che alla signora Bull non sia stata fornita prontamente la necessaria assistenza era attribuibile alla negligenza dei convenuti, consistente nell'implementazione di un sistema inaffidabile ed essenzialmente insoddisfacente di chiamata del medico specializzando".

Negli ultimi anni, ci sono stati ulteriori sviluppi giurisprudenziali nella definizione dello standard di cura. Nella decisione della *House of Lords* nella causa *Chester v Afshar*, la mancata informazione del paziente circa le possibili conseguenze negative di un intervento chirurgico, portò all'insorgere della responsabilità civile in capo allo specialista[52]. La signora Chester, che soffriva di dolori alla schiena, fu affidata al dottor Afshar, un neurologo, che, però, non la informò dei rischi dell'operazione cui si sarebbe dovuta sottoporre. Di fatto, posto che la Chester avrebbe dovuto essere avvertita dei possibili rischi dell'intervento, tale compito incombeva certamente sul chirurgo: ebbene, non avendo egli adempiuto a tale obbligo, la sua condotta fu ritenuta inaccettabile rispetto allo standard appropriato al caso di specie.

Lord Steyn e Lord Hope affermarono che costituisce principio fondamentale della corretta pratica medica che gli individui adulti accettino di essere sottoposti ad un trattamento medico, solo nella piena consapevolezza dei rischi che esso comporta ed essendo stati informati circa tutti gli aspetti rilevanti.

Così Lord Hope sul punto: "La funzione della legge è tutelare il diritto di scelta dei pazienti. Se essa deve svolgere tale funzione deve assicurare che, correlativamente, l'obbligo di informazione sia rispettato dal medico. Così non potrebbe essere qualora l'ordinamento non approntasse dei rimedi adeguati per le ipotesi di violazione di questo obbligo e conseguente verificazione proprio di quell'evento dannoso, di cui il paziente avrebbe dovuto essere reso consapevole"[53].

Come si può notare, le lacune del *common law* in questa materia vengono progressivamente colmate dalla giurisprudenza; tuttavia, in molti casi, ancora oggi, è estremamente difficile per il paziente provare in giudizio che le cure ricevute non erano conformi agli standard vigenti.

4. La violazione del dovere di assistenza

Dopo aver esaminato i caratteri dello standard di cura, con particolare riferimento al profilo della ragionevolezza, passiamo alla violazione del dovere di assistenza, il secondo presupposto dell'accoglimento delle pretese risarcitorie dell'attore, nell'ambito dell'illecito extracontrattuale.

[52] *Chester v Afshar* [2004] 4 AA E.R. 587.
[53] *Ibid.*

Si evidenzia che la nozione di "standard ragionevole di cura" è centrale, oltre che in quelle ipotesi, anche nel caso delle azioni di risarcimento danni da illecito contrattuale.

Infatti, al medico si richiede di operare con un livello di competenza analogo a quello che si rinviene con riferimento al modello del *reasonable professional*.

La domanda che si pone è, dunque: cosa significa "ragionevole"? Nell'ambito del dibattito sulla competenza in campo medico, la definizione del tipo del "*reasonable professional*" o dei caratteri di una "*reasonable practice*" si è rivelata un compito alquanto complesso.

Nel deliberare sulla ragionevolezza della condotta dell'operatore sanitario o entro quali limiti una pratica possa essere detta ragionevole, le corti prendono in considerazione vari fattori, come la prevedibilità del danno, l'intensità del rischio, la gravità delle conseguenze che deriverebbero dall'evento temuto, i costi necessari per prevenirlo nonché la praticabilità di questa soluzione[54]. Le corti si pronunciano anche sulla ragionevolezza della condotta del medico al tempo dell'incidente: è stato, infatti, correttamente rilevato che il criterio della ragionevolezza potrebbe variare tra il momento della decisione e il momento del verificarsi dell'evento dannoso.

La decisione della *House of Lords* nella causa *Bolam* rappresenta il *leading case* sulla nozione di standard di cura appropriato, avendo fornito un test per accertarne l'eventuale violazione[55].

Il signor Bolam aveva dei problemi di salute mentale e il suo dottore lo sottopose a terapia elettroconvulsiva senza, però, somministrare alcun farmaco rilassante e senza bloccarlo in modo da impedirne i movimenti. In conseguenza di ciò, riportò una frattura al bacino ed altre lesioni minori. Agì in giudizio sostenendo che l'ospedale fosse responsabile in solido per l'imperizia del medico che lavorava presso quella struttura[56]. Lord McNair affermò che una persona agisce al di sotto dello standard appropriato, risultando, negligente o imperita, se non fa o non riesce a fare quanto una persona ragionevole avrebbe fatto in circostanze analoghe: "Si tratta del test relativo allo standard dell'*ordinary skilled man* che esercita e sostiene di possedere delle particolari abilità e competenze. Non è necessario che un uomo possieda il più alto livello possibile di competenze per essere ritenuto negligente o imperito. Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, si ritiene sufficiente l'esercizio

[54] Kennedy I & Grubb A., *Medical Law*, 2000 (Butterworths, 3ed) p. 424.

[55] *Bolam v Friern HMC* (1957] 2All ER, 118, see for comments Heywood R. The Logic of *Bolitho*, 2006, 22 *Professional Negligence* 225; Maclean A., Beyond *Bolam* and *Bolitho*, 2002, 5 *Med Law Intl*, 205.

[56] Vedi: Teff H., The Standard of Care in Medical negligence: Moving on from *Bolam*,1998, 18 *OJLS* 473; Glover N, *Bolam* in the House of Lords, 1995, 15 *Professional Negligence*, 42; Keown J., Reining in the *Bolam* Test, 1998, 57, *CLJ*. 248; Jones M., The *Bolam* Test and the Reasonable Expert, 1999, 7 *Tort Law Review*, 226; Grubb A., Negligence: Causation and *Bolam*, 1998, 6 *Medical Law Review*, 378.

delle normali abilità che possieda un individuo medio che pratichi quella certa arte o professione".

Il test stabilisce la soglia inferiore dello standard di ragionevolezza su cui si basano i medici stessi nel definire i propri standard professionali.

La celebre massima di Lord McNair rappresenta una vittoria per la professione medica: "Un medico non può essere responsabile per imperizia se ha agito conformemente alle pratiche ritenute appropriate dall'insieme dei medici con una specializzazione in quel settore". Egli conclude: "Un medico non sarà ritenuto responsabile per imperizia qualora egli abbia agito conformemente a tale pratica solo perché, eventualmente, vi siano delle opinioni in senso contrario da parte degli esperti".

Nella causa *JD v East Berkshire Community Health NHS Trust*[57], Lord Bingham ha sostenuto, a riguardo, che "al professionista non si richiede di agire nel modo giusto, ma solo con la dovuta diligenza".

Un principio notevole affermato dalla decisione *Bolam* è che non spetta al giudice decidere quale sia lo standard di cura adeguato, in quanto questo compito spetta alla comunità medico-scientifica. Per quanto essi possano essere in disaccordo circa il trattamento da somministrare al paziente, è sufficiente che vi sia anche soltanto una *expert opinion* favorevole al medico convenuto in giudizio affinché le domande risarcitorie proposte nei suoi confronti vengano rigettate.

Quindi, dopo la sentenza *Bolam,* alle corti non è consentito valutare autonomamente le prove o propendere per l'opinione che ritengano, eventualmente, preferibile, né spetta ad esse ponderare i giudizi dei consulenti tecnici in questa materia[58].

La logica sottostante alla sentenza *Bolam* è stata successivamente chiarita nella causa *Maynard*, in cui la *House of Lords* ha affermato che "un giudice non è nella posizione di poter scegliere, in caso di conflitto, tra i pareri degli esperti in campo medico. Il magistrato deve rigettare le pretese dell'attore qualora la condotta del convenuto sia ritenuta ragionevole da una parte qualificata degli specialisti"[59].

Il test alimenta la percezione che il medico sia al di sopra della legge e questo fa sì che ai giudici venga sottratto il loro compito principale, consistente nell'accertamento, nella valutazione e nell'interpretazione di quegli elementi che, a loro volta, consentirebbero loro di apportare le modifiche richieste agli standard professionali"[60]. Si potrebbe addirittura sostenere che le decisioni delle corti siano "eterodeterminate" piuttosto che essere il frutto di una libera valutazione da parte dei giudici[61].

[57] *JD v East Berkshire Community Health NHS Trust*, [2005] UKHL 23 at 32.
[58] *Maynard v West Midlands RHA* [1985] 1All ER 635.
[59] *Ibid*., Herring, 42, also Herring, *Medical Law and Ethics*, 2010 (OUP, 3ed).
[60] *Ibid*., Mulheron R., Trumping *Bolam*: a critical analysis of *Bolitho*'s "gloss". 2010, 69(3), *Cambridge Law Review*, at 612.
[61] *Ibid*, *Burne v A*[2006] EVCA Civ 24, at 10.

Dunque, a seguito della sentenza *Bolam*, il medico convenuto deve solo dimostrare che la condotta contestata è accettabile anche solo secondo un orientamento minoritario all'interno della comunità medico-scientifica.

Il test *Bolam* è stato ampiamente criticato nella misura in cui spetta agli stessi medici stabilire quale sia o quale dovrebbe essere lo standard di cura. A seguito di tale pronuncia, è sufficiente la dimostrazione che altri medici avrebbero agito nello stesso modo perché venga meno l'elemento della imperizia nella condotta e le domande attrici siano rigettate. Per le altre professioni, però, è la legge a fissare gli standard di riferimento e non la comunità dei professionisti. Al di fuori della professione medica, non è sufficiente sostenere che altri soggetti avrebbero agito in modo simile – che, ad esempio, gli altri guidatori si comportano allo stesso modo e guidano altrettanto male – perché le pretese dell'attore vengano respinte. In definitiva, il test *Bolam* riflette gli standard esistenti piuttosto che fissarne di nuovi, limitandosi ad individuare nella pratica corrente il parametro rilevante[62].

Tuttavia, all'interno delle varie professioni possono, a volte, svilupparsi delle pratiche inaccettabili le quali, talvolta, hanno lo scopo, non di servire gli interessi dei clienti, ma di tutelare meramente quelli dei professionisti[63].

Brazier e Miola sostengono che dovrebbe spettare ai giudici la valutazione della ragionevolezza del comportamento contestato e la decisione circa l'eventuale negligenza o imperizia di una particolare condotta[64].

Nella sentenza *De Freitas v O'Brien*[65] la Corte ha affermato che l'*expert opinion* rilevante ai fini della decisione non deve avere necessariamente ricevere l'avallo di una parte consistente della comunità scientifica: il *Bolam test*, infatti, garantisce la vittoria del convenuto, in una causa di risarcimento danni da *medical negligence*, qualora l'appropriatezza della condotta sia sostenuta anche solo da un unica opinione autorevole[66].

La sentenza *Bolam* ha delle pesanti ricadute sulla posizione di colui intenta una causa di risarcimento danni da imperizia medica, essendo diventato pressoché impossibile provare che il medico ha violato il dovere di assistenza. Affinché l'attore abbia successo deve dimostrare che l'intera comunità scientifica considera la condotta del medico irragionevole, laddove per il medico è sufficiente mostrare che c'è almeno uno specialista che concordi con i suoi metodi. Montgomery nota che l'ordinamento dopo la sentenza *Bolam* si interessa maggiormente della protezione della reputazione della professione medica piuttosto che del diritto dei pazienti ad otte-

62 Brazier M.,& Miola J.,Bye-bye *Bolam*: A Medical litigation Revolution, 2000, *Medical Law Review*, 85.
63 *Scott* v. *Lothian University Hospitals, NHS Trust* [2006] Scot C.S. (O.H), 33.
64 *Ibid.*
65 *De Freitas v O'Brien* [1995] 2Med LR 155.
66 Vedere anche *Baxter v McCann* [2010] EWHC 1330 (QB).

nere un risarcimento per le conseguenze negative di un trattamento sanitario[67]. I critici osservano che il *Bolam test* non riesce a salvaguardare il pubblico da pratiche mediche che sono, talvolta, persino illecite[68].

Esso compromette il raggiungimento degli obiettivi dell'approccio *rights-based* che si stava affermando successivamente all'entrata in vigore dello *Human Rights Act*[69].

La posizione emergente dal caso *Bolam* appare insoddisfacente sia dal punto di vista etico sia dal punto di vista della correttezza giuridica: è estremamente sfavorevole per l'attore e vanifica i benefici legati allo sviluppo di quel tipo di approccio. Non è sorprendente, dunque, che il test *Bolam* sia stato contestato nella sentenza *Bolitho*[70]. Questi, in sintesi, i fatti: un bambino di due anni venne ricoverato in ospedale per una disfunzione respiratoria. Durante il ricovero ebbe due attacchi di dispnea acuta senza che, però, nessun medico intervenisse; ciononostante, entrambe le volte superò la crisi. Ebbe, in seguito, un ulteriore attacco che portò al verificarsi di un arresto cardiaco e, quindi, al cagionarsi di danni encefalici. Egli morì poco tempo dopo.

Secondo gli esperti consultati durante il processo, un medico competente avrebbe eseguito una intubazione profilattica per fornire un passaggio all'aria poiché questo sarebbe stato sufficiente per prevenire l'arresto cardiaco e i danni cerebrali. In primo grado il medico fu ritenuto responsabile della violazione del dovere di assistenza per non essere intervenuto durante le crisi, pur avendo egli dichiarato che, in ogni caso, non avrebbe eseguito l'intubazione. Benché, la maggioranza degli esperti interpellati avesse sostenuto che avrebbe eseguito tale intervento dopo la seconda crisi, ci fu un testimone esperto che difese la posizione del convenuto affermando che egli non avrebbe proceduto all'intubazione in quanto, considerati i sintomi, essa non sarebbe stata appropriata.

In un passaggio assai citato, Lord Browne-Wilkinson si espresse in questi termini: "la corte non può chiedere nulla di più che l'opinione minoritaria abbia 'una base logica'; in particolare nei casi che coinvolgono il bilanciamento dei rischi e dei benefici, il giudice, prima di accettare un parere come 'responsabile, ragionevole ed autorevole', dovrà accertare che, nel formare le loro opinioni, gli esperti abbiano valutato comparativamente i rischi e i benefici e abbiano raggiunto una conclusione 'sostenibile' in questo ambito"[71].

67 Montgomery J., Rhetoric of Welfare, 1989, 9, *Oxford Journal of Legal Studies*, 395.

68 *Ibid.*, Mulheron, 612.

69 Lord Woolf, Are the Courts excessively Differential to the Medical Profession?, 2001, 9 *Medical Law Review*, 1-16, p. 3; *Ibid.*, Mulheron, 612.

70 *Bolitho v City & Hackney Health Authority* [1998] AC 232.

71 *Ibid.*, vedere anche per I commenti Maclean A. Beyond *Bolam* and *Bolitho*, 2002, 5, *Med. Law Intl*, p.205;, Castle N., Applying *Bolitho*, 1998, *Journal of Personal Injury Law*, 278; Case P., Applications of *Bolitho* to

Il merito di questa affermazione è duplice. In primo luogo, si afferma che i giudici potrebbero avere un certo grado di discrezionalità nel valutare le *expert opinions*. Il secondo luogo, si attribuisce rilevanza alla ponderazione dei costi rispetto ai benefici. Secondo la sentenza *Bolam*, qualora un esperto consideri accettabile la condotta del medico, il giudice dovrebbe ritenere insussistente la *negligence*. Per contro, in *Bolitho*, Browne Wilkinson ha suggerito che il giudice debba nutrire il convincimento che quanto sostenuto dagli specialisti abbia un fondamento logico. In breve, il principio affermato in questa pronuncia è che "il parere degli esperti, che pretenda di costituire la prova dello standard di ragionevolezza, potrebbe non essere tenuto in considerazione, qualora la corte lo ritenga 'incapace di resistere ad una analisi logica' o sia 'irragionevole' o 'irresponsabile'"[72].

È dubbio che in *Bolitho* si sia stabilito che debba essere il giudice e non gli specialisti l'arbitro finale dei casi di *medical negligence*[73]. Quel che è certo è che tale pronuncia suggerisce che le corti potrebbero intervenire, restringendo l'ambito di operatività del *Bolam test* e circoscrivendo la, altrimenti, illimitata autorità del parere degli esperti nel giudizio che potrà, dunque, essere considerato 'illogico', 'irresponsabile' o 'indifendibile': queste etichette, inoltre, possono fornire una guida agli avvocati[74].

Vi è divergenza di opinioni sulla effettiva portata degli argomenti di Browne-Wilkinson. Lord Wolf ritiene che possa portare ad un più alto livello di scrutinio giudiziale delle *expert opinions* in contrasto. I giudici esamineranno con maggiore attenzione le risultanze probatorie disponibili e non daranno per scontato che ciò che viene ritenuto accettabile secondo un certo orientamento degli esperti (al limite anche il parere di un singolo specialista), per ciò stesso lo sia[75]. Il test *Bolam* è stato visto come "eccessivamente protettivo e deferente" rispetto ai medici e potenzialmente può essere soddisfatto anche "tramite le opinioni di esperti di dubbia attendibilità che si situano ai margini della coscienza medica"[76].

La sentenza *Bolitho* ha, altresì, introdotto una "notevole asimmetria" nelle controversie giudiziarie[77]. Nella causa *Zarb v Odetoyinbo* i consulenti tecnici di entrambe le parti hanno sostenuto che il parere reso dall'altro era "indifendibile ed illogi-

Standard of Care and Causation, 2007, 23 *Professional Negligence*, 193; Heywood R., The Logic of *Bolitho*, 2006, 22, Professional Negligence, p. 225.

72 Mulheron R., Trumping *Bolam*: a critical analysis of *Bolitho*'s "gloss". 2010, 69(3), *Cambridge Law Review*, 609.

73 *Ibid., Kingsberry v Greater Manchester Strategic H.A.* [2005] EWHC 2253.

74 *Ibid.* Mulheron, 609.

75 Lord Woolf, Are the Courts excessively Differential to the Medical Profession?, 2001, 9 *Medical Law Review*, 1-16,.

76 *Ibid.,* Mulheron, 612; vedi anche Fleming, *The Law of Torts*, 1997 (9th ed), 121, *Foo Fio Na v.Dr Soo Fook Mun*, [2007] 1 *MLJ*, 593.

77 *Ibid.,* Mulheron, p. 619.

co". In questa situazione, il consulente tecnico del convenuto ha soltanto il compito di persuadere il giudice che la sua opinione "può resistere ad una analisi dal punto di vista logico". Per contro, nell'ambito del principio affermato dalla sentenza *Bolitho*, il consulente tecnico dell'attore deve provare sia la coerenza logica della sua posizione sia l'illogicità di quella di controparte[78].

È stato anche sostenuto che la sentenza *Bolitho* non ha apportato, sul piano pratico, alcun mutamento significativo e ciò in quanto ben difficilmente una *expert opinion* potrebbe essere ritenuta "illogica"[79]. Browne Wilkinson ha riconosciuto questa implicazione e ha ritenuto che "nella stragrande maggioranza dei casi, il fatto che degli esperti di chiara fama, in una certa disciplina, abbiano una certa opinione, di per sé, implica la ragionevolezza di quella opinione". Quindi, se anche i giudici dovessero sottoporre a scrutinio critico le prove disponibili, è, in pratica, altamente improbabile che le considerino 'illogiche' o 'non rispettabili'[80].

Mulheron, in un contributo del 2010, ha espresso il suo disaccordo a riguardo, sostenendo che, in realtà, ciò non accade di rado, citando a proposito venti pronunce basate sui principi affermati nella sentenza *Bolitho* e riportando alcuni altri casi in cui le corti hanno considerato le risultanze probatorie, ottenute tramite l'applicazione del *Bolam test*, carenti dal punto di vista logico[81].

L'autrice è convinta che la sentenza *Bolitho* ha determinato un mutamento nell'atteggiamento dei giudici e ha avuto un "impatto consistente, sul piano dottrinale, rispetto al tema della responsabilità medica"[82].

5. Il nesso di causalità nei casi di *medical negligence*

Perché l'azione civile di risarcimento danni sia esperita con successo, il paziente che abbia subito delle conseguenze negative, a seguito di un trattamento sanitario, deve dimostrare la sussistenza del dovere di assistenza, la violazione di esso, l'imperizia del medico e, infine, che vi sia un legame diretto tra la condotta di questi e il danno subito; e ciò in quanto, in questo tipo di giudizi, l'onere della prova incombe sull'attore. Tuttavia, è anche possibile che, in alternativa, l'attore si limiti a sostenere che il nesso di causalità sia *in re ipsa*, sebbene tale ipotesi non si verifichi di frequente.

Sono tre le condizioni che, in questo ultimo caso, devono essere soddisfatte: innanzitutto, che egli abbia sofferto un danno e non vi sia alcuna spiegazione di come

78 *Ibid.,* Mulheron, p. 619.
79 *Ibid.,* Herring, p.43, also Herring J., *Medical Law and Ethics*, 2010 (OUP, 3ed).
80 *Ibid.,* Herring J, p. 43.
81 *Ibid.*,Mulheron, p. 610.
82 *Ibid.,* 618.

ciò sia accaduto; in secondo luogo, che la patologia o menomazione si è originata in circostanze in cui, normalmente, quegli effetti non si producono; infine, che il convenuto aveva il controllo della situazione che ha portato al verificarsi del danno[83].

Indubbiamente, l'argomento *res ipsa loquitur* può, in certi casi, condurre all'inversione dell'onere della prova[84]. In questo senso, un buon esempio è costituito dalla causa *Cassidy v Ministry of Health*, nel corso della quale l'attore ha così illustrato i fatti: "Mi recai presso quella struttura ospedaliera perché avevo due dita irrigidite. Quando uscii, avevo quattro dita irrigidite e, adesso, non posso più usare la mia mano. Questo non sarebbe dovuto accadere se le cure ricevute in ospedale fossero state appropriate. Che qualcuno mi spieghi come ciò sia stato possibile!"[85]. Davis ritiene che l'argomento *res ipsa loquitur* potrebbe rappresentare una speranza per l'attore che cerchi di ottenere l'inversione dell'onere della prova, ma, sinora, il successo di questa strategia è stato piuttosto limitato[86].

Uno dei pochi esempi che si rinvengono nella giurisprudenza, è il caso *Lillywhite v University College London Hospital Trust*[87], in cui l'errata diagnosi di un tumore al seno ha condotto all'inversione dell'onere della prova. Questo caso offre un esempio dell'attenuazione del principio generale *onus probandi incumbit ei qui agit*, attraverso l'utilizzo dell'argomento *res ipsa loquitur*: qui, infatti, la Corte ha imposto al convenuto di fornire una spiegazione plausibile dell'errore diagnostico[88].

Le regole generali sull'accertamento del nesso di causalità sono state stabilite dalla *House of Lords* nella sentenza *McGhee v National Coal Board*, nella quale Lord Reid ha affermato: "[…] si è detto spesso che la nozione giurisprudenziale di causalità non è basata sulla logica o sulla filosofia, essendo, piuttosto, basata sul modo in cui, in pratica, la mente funziona nella vita di tutti i giorni. Da questo punto di vista, non vedo alcuna differenza sostanziale tra l'affermare che il convenuto ha materialmente aumentato il rischio di danno per l'attore e affermare che il convenuto ha materialmente contribuito verificarsi del danno"[89].

Per la prova del nesso di causalità, il diritto inglese ricorre, com'è noto, al *'but for' test* che non solleva, in sede di applicazione, particolari difficoltà. L'attore, infatti, deve dimostrare che, se non fosse stato per l'imperizia del medico, egli non avrebbe subito

[83] McHale J., Fox M & Murphy J., *Health Care Law, Text and Materials,* 1997 (Sweet and Maxwell) p. 168.

[84] Mason JK, McCall Smith RA, Laurie GT, *Law and Medical Ethics*, 2003, (Butterworths, 6 ed), p 295. Gli autori sostengono che non conduce all'inversione dell'onere della prova ma meramente ad una presunzione di *negligence* in capo al convenuto.

[85] *Cassidy v Ministry of Health* [1951] 2KB 343 at 365.

[86] Davies Michael, *Textbook on Medical Law*, 2001 (Blackstone, 2ed) p. 10.

[87] *Lillywhite v University College London Hospital Trust* [2005] EWCA Civ. 1466.

[88] Harris D., Medical Misdiagnosis: a shifting of the burden of proof, 2008, 14(1) *Medico-Legal Journal of Ireland*, 8-13.

[89] *McGhee v National Coal Board* [1973] 1WLR 1.

alcun danno. Il *leading case*, in questo ambito, è *Barnett v Chelsea*, più sopra richiamato. Qui il '*but for' test* ha ad oggetto la riconducibilità, in termini causali, della morte del guardiano notturno al comportamento del medico del pronto soccorso, in particolare al fatto che quest'ultimo non lo abbia visitato personalmente. Utilizzando questo test, si potrebbe giungere alla conclusione che il guardiano notturno non sarebbe morto se, al pronto soccorso, il medico di turno lo avesse visitato e che, dunque, la causa principale del decesso sia stata la violazione di dovere di assistenza.

Per contro, qualora il difensore del convenuto riuscisse a dimostrare che il decesso non si sarebbe, comunque, potuto evitare, le domande dell'attore verrebbero rigettate in quanto non sarebbe raggiunta la prova di un legame causale diretto tra la violazione del dovere di assistenza e la morte del soggetto.

Steele osserva, a proposito, che non è sufficiente dimostrare che la condotta del convenuto costituisca meramente un anello della catena causale che ha portato al danno lamentato, bensì deve essere dimostrato che il danno si è verificato precisamente in conseguenza della violazione del dovere di assistenza[90]. Questa la conclusione cui giunge Lord Nield nel caso *Barnett*: "Ritengo che non sia stato stabilito, sulla base delle allegazioni di parte attrice, che la condotta negligente del convenuto abbia, con un alto grado di probabilità, causato la morte del guardiano notturno"[91]. Qui il *'but for' test* fallisce perché, in termini probabilistici, l'uomo sarebbe, comunque, morto per avvelenamento da arsenico: anche qualora, cioè, quella notte fosse stato visitato dal medico di guardia.

Nei casi incentrati sulla *medical neglicence*, risulta, talvolta, difficile dimostrare che il danno è stato causato dalla condotta del medico in quanto potrebbero esserci spiegazioni alternative riguardo alle conseguenze negative di un trattamento sanitario, considerando altresì che la medicina non è una scienza esatta. Vi sono casi, come quello delle diagnosi erronee, in cui la difficoltà di dimostrare il nesso di causalità origina dalla possibilità che l'eziologia del danno sia riconducibile tanto ad una molteplicità di fattori quanto alla circostanza che il medico non abbia assistito il paziente.

Secondo McHale, Fox e Murphy, il problema consiste esattamente nel fatto che il peggioramento delle condizioni del paziente potrebbe, in certe circostanze, essere attribuibile sia alla condotta negligente del medico sia al progredire della malattia. Vi sono, poi, delle lacune nella scienza medica e fattori che sfuggono alla conoscenza degli specialisti: ad esempio, i farmaci potrebbero provocare degli effetti collaterali sconosciuti, allo stato attuale della ricerca scientifica, oppure vi possono essere delle concause che concorrono all'aggravarsi delle condizioni di salute del paziente[92].

[90] *Ibid.,* Steele J., *Tort Law,* p. 178.
[91] *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee*, [1969] 1QB 428 at 439.
[92] McHale, Fox M, Murphy J, *Health Care Law, Text and Materials*, 1997, (Sweet and Maxwell), p. 173.

Nell'applicare i principi del *tort law* alle cause vertenti sulla *medical neglicence*, occorre domandarsi: la violazione del dovere di assistenza potrebbe astrattamente causare il danno? Oppure tale violazione ne è stata, *in concreto*, la causa? Questo punto è illustrato chiaramente nella sentenza *Wilsher* che si è occupata del caso di un neonato divenuto cieco a seguito della somministrazione di una quantità eccessiva di ossigeno[93]. Qui si trattava di stabilire se la cecità fosse conseguenza della imperizia del medico ovvero, piuttosto, del parto prematuro.

Nel caso *McGhee*, l'attore lamentava di avere sofferto per una forma di dermatite, asseritamente derivata dall'esposizione a polvere di mattone, incontrando, tuttavia, delle difficoltà nella prova del nesso di causalità in base al *'but for' test*. La House of Lords ha ritenuto sussistere il legame causale in considerazione del fatto che la condotta negligente aveva materialmente incrementato la probabilità di insorgenza della patologia[94].

Parimenti di notevole interesse per la nostra indagine, è la sentenza *Gregg v Scott*[95]: sebbene nel corso del processo l'attore non sia riuscito a dimostrare il nesso di causalità, la corte non ha negato in radice la possibilità di vittoria nel caso di esperimento, da parte di questi, dell'azione di risarcimento danni per perdita di opportunità. La diagnosi erronea di un tumore aveva portato ad un ritardo di nove mesi nell'inizio della terapia, riducendo le probabilità di successo della stessa. Anche qui risultava difficile soddisfare il *'but for' test* in quanto era impossibile argomentare, in maniera convincente, che il paziente sarebbe potuto guarire dal cancro, qualora avesse iniziato prima il trattamento medico; tuttavia, la House of Lords ha stabilito che ci sia stata qui una perdita di opportunità. In casi simili, la regola generale impone l'utilizzo del *balance of probabilities test*. Se il paziente che ha subito delle conseguenze negative può dimostrare che, nella ponderazione delle probabilità, la condotta negligente ha causato o contribuito materialmente al verificarsi del danno", le sue domande troveranno accoglimento.

Nel caso *Chipcase v Marsh*, un chirurgo specialista ha causato l'avvolgimento del nervo ilio-inguinale di un paziente: ciò ha portato quest'ultimo a soffrire di forti dolori che si sarebbero prevedibilmente protratti per lungo tempo. La corte ha stabilito che l'avvolgimento del nervo "costituiva ovviamente la causa, dal punto di vista logico, della sua sofferenza in connessione alla durata del danno al nervo medesimo", riconoscendo, di conseguenza, il suo diritto al risarcimento del danno[96].

---

93 *Wilsher v Essex Area Health Authority* [1986] 3All ER 801,[1987] 2 WLR 425.

94 *McGhee v National Coal Board* [1973] 1WLR 1, vedi per un commento Jones M., *Medical Negligence*, 2008 (4ed); Lunney M., Oliphant K., *Tort law: Text and Materials*, 2010 (OUP, 4th ed).

95 *Gregg v Scott* [2005]UKHL 2.

96 *Chipcase v Marsh*, 9 July 2010, QB, non pubblicata.

Analogamente, nella causa *Fallon v Wilson*, l'attore è riuscito a dimostrare il nesso di causalità e che, quindi, le cure di cui necessitava il neonato prematuro erano state, in effetti, somministrate in ritardo[97].

Infine, dobbiamo considerare sinteticamente il problema della *legal causation* che rileva laddove le corti debbano attribuire la responsabilità per gli eventi dannosi cagionati. Raramente le corti, nelle cause incentrate sulla responsabilità medica, affrontano la questione della causalità in senso giuridico e del problema della distanza (*remoteness*) tra la condotta negligente e il danno. Tuttavia, occorre sottolineare l'importanza della continuità della catena causale: infatti, qualora intervenga una condotta successiva a quella posta in essere dal convenuto, ma precedente al verificarsi del danno, le corti potrebbero qualificarla come *novus actus interveniens*, capace di interromperla, salvo che la condotta in questione sia "ragionevole e prevedibile"[98].

Dunque, la dimostrazione del nesso causale nei casi di *medical negligence* appare un compito estremamente arduo e, più in generale, l'attuale cornice normativa risulta alquanto insoddisfacente rispetto alle esigenze dei pazienti, le cui pretese sovente non trovano accoglimento proprio a motivo dello specifico carattere della scienza medica ovvero della sua incapacità di fornire, in molti casi, una spiegazione scientifica dei fenomeni che si riscontrano nella prassi. Infatti, anche qualora essi abbiano dimostrato, nel caso di specie, la sussistenza del dovere di assistenza e la sua violazione, devono fare i conti con la c.d. *no difference rule,* un test derivato dal c*ommon law*, in base al quale occorre domandarsi se la condotta contestata non avrebbe fatto, in concreto, 'alcuna differenza'. In caso di risposta negativa, non può ritenersi che la condotta in questione abbia cagionato il danno.

Questo test porta quasi sempre al rigetto delle domande attrici, essendo sufficiente per il medico convenuto la dimostrazione che la sua condotta, per quanto diligente, non avrebbe condotto ad un esito differente: così, però, viene meno la prova del nesso di causalità, il terzo presupposto perché l'attore possa ottenere il risarcimento del danno.

L'applicazione della *no difference rule*, appunto perché rende pressoché impossibile la prova del nesso di causalità, ha come conseguenza la diminuzione delle chances di successo in giudizio dell'attore e priva, di fatto, i pazienti della tutela che l'ordinamento dovrebbe garantire loro.

6. Conclusioni

In sede di conclusioni, è importante evidenziare come un buon diritto della medicina sia anche un diritto moralmente giusto: numerose, infatti, sono le pronunce,

97 *Fallon Wilson* [2010) EWHC 2978 (QB).
98 *Knightley v Johns* [1982) 1WLR 349.

in tema di responsabilità medica, che manifestano l'esigenza di un riconoscimento giudiziale dei profili etici della *negligence*[99].

Lord Coleridge ha osservato: "Non sarebbe corretto dire che ogni dovere morale implica un obbligo giuridico; tuttavia, ogni obbligo giuridico si fonda su un dovere morale"[100]. In generale, il diritto dovrebbe sottoscrivere gli imperativi morali e preservare i principi di giustizia.

Innanzitutto, vorremmo ribadire ulteriormente che il *common law* non impone alcun obbligo di salvare le persone che si trovino in situazioni di emergenza o di prestare loro aiuto. Per contro, nella prospettiva del *civil law*, lo scopo del diritto è identificare le condotte moralmente inaccettabili e punire gli abusi.

Un intervento legislativo, in questo senso, non soltanto doterebbe il sistema inglese di una sorta di dispositivo di sicurezza ma servirebbe anche ad eliminarne le anomalie: il diritto deve instillare la fiducia nei suoi confronti e non scoraggiarla.

Un medico non dovrebbe avere la percezione di trovarsi in una situazione più vantaggiosa, qualora ignori una persona in pericolo onde evitare sanzioni. Il quadro normativo attuale genera un paradosso. Il diritto, ad esempio, non dovrebbe consentire ad un dottore, che si trovi per caso sul luogo di un incidente, di potersi allontanare, a sua discrezione, senza aver prestato soccorso alle vittime; e questo perché una regola giuridica che manifestamente sollevi il medico dal dovere morale di fornire aiuto a una persona in pericolo non si può in alcun modo giustificare.

Uno dei modi possibili, in verità piuttosto radicale, per colmare questa lacuna è l'imposizione, per via legislativa, dell'obbligo di salvare le persone e somministrare delle cure nei casi di emergenza agli operatori sanitari. Si dovrebbe, quindi, estendere tale obbligo a tutti i cittadini? In realtà, nel sistema di *common law* questo rappresenta un ideale difficilmente realizzabile. Ciononostante, si riscontra una certa spinta, da parte dell'opinione pubblica, verso l'eliminazione di questa anomalia, relativamente al personale medico, ma non verso l'imposizione di un dovere di assistenza sui privati cittadini che assistano ad un incidente.

Bisogna accettare che l'inesistenza di un dovere positivo di assistenza fa parte della natura del *common law*; nondimeno, è possibile apportare dei miglioramenti, optando per soluzioni meno radicali, come esentare il medico, che intervenga in situazioni di emergenza, dalla responsabilità civile per avere causato un peggioramento delle condizioni del soggetto. È parimenti ragionevole configurare un regime di responsabilità per le condotte omissive, quando, cioè, non si impedisca il peggioramento delle condizioni della vittima di un incidente. Questa è una questione di

[99] Davies M., *Textbook on Medical Law*, 2001 (Blackstone, 2nd ed), p. 107.
[100] *R v Instan* [1983] 1 QB at 453.

fraseologia: ad esempio, si potrebbe ritenere responsabile un medico per non avere deliberatamente prevenuto il danno? "Potremmo tradurre l'imperativo morale di salvare la vita altrui in un obbligo giuridico positivo?"[101].

Inoltre, conformemente all'opinione di Williams, gli altri servizi di emergenza, la polizia, i vigili del fuoco, la guardia costiera, dovrebbero ritenersi gravati del dovere di assistenza nelle situazioni in cui sia necessario salvaguardare l'incolumità delle persone, in analogia con quanto stabilito dalla giurisprudenza, nella causa *Kent*, riguardo ai servizi di ambulanza[102]: probabilmente è questa la proposta che si concretizzerà nel prossimo futuro.

Quindi, il *common law* dovrebbe riconoscere il dovere di assistenza e garantire "il risarcimento del danno in quei rari casi in cui la vittima sia stata danneggiata ingiustificatamente a causa di una notevole negligenza laddove, invece, sarebbe stato agevole salvarla"[103].

Secondo Williams è giunto il momento che il *common law* inglese ceda alla pressioni derivanti dalla necessità di implementare i diritti umani, dalle aspettative dell'opinione pubblica e dagli imperativi morali ed estenda il dovere di assistenza determinando l'evoluzione del *law of negligence*[104].

Si rinvengono sempre più frequentemente nella giurisprudenza argomenti basati sul rispetto dei diritti umani e i giudici mostrano un atteggiamento favorevole all'incorporazione degli obblighi nascenti dalla CEDU. I tempi stanno cambiando e sembra che siamo pronti per un approccio maggiormente incentrato sui pazienti o sulle vittime di incidenti. Lord Justice Pill in *Smith* ha affermato che "vi sono argomenti molto forti a favore dello sviluppo dell'azione di risarcimento danni alla luce dei diritti garantiti dalla Convenzione"[105].

In secondo luogo, il diritto vigente appare altamente insoddisfacente per quanto riguarda la definizione dello standard di cura; tuttavia, negli ultimi anni, assistiamo ad un rovesciamento della posizione tradizionale, che favorisce maggiormente il paziente o la vittima di un incidente. Il test *Bolam*, che attribuiva ai medici una posizione di indubbio privilegio in questo genere di controversie, viene messo in discussione. Dovrebbe, quindi, essere considerato superato, in quanto basato su un modello paternalistico ed autoritario del rapporto medico-paziente?

[101] *Ibid.,* Williams K., Medical Samaritans: Is there a duty to treat?, 2001, 21(3), *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 400.

[102] *Ibid.,* Williams K, Litigations against English NHS ambulance services and the rule in Kent v Griffiths, 2007, 15(2) *Medical Law Review*, 174.

[103] Bartlett A., Waite J., Searching for duty of care: the fire brigade case [1997], *JPIL*, 147.

[104] *Ibid.,* Williams K, Litigations against English NHS ambulance services and the rule in Kent v Griffiths, 2007, 15(2) *Medical Law Review*, 174.

[105] *Ibid., Smith v Chief Constable of Sussex Police* [2008] EWCA Civ *at 53*.

La cornice della *medical negligence* opera in un contesto in cui le esigenze dei pazienti, dei medici e dei giuristi sono in competizione: ovviamente, non essendo semplice soddisfare le esigenze di tutti costoro, ci sarà sempre un certo grado di insoddisfazione da parte di una o dell'altra di queste categorie. Comunque, l'attuale sistema appare particolarmente inefficiente, complicato, farraginoso, costoso e, in definitiva, frustrante, tanto per pazienti e medici, quanto per avvocati e giudici[106]. Per tali ragioni, ostacola il rapporto tra il medico e il paziente ovvero quello tra quest'ultimo e la struttura ospedaliera, apportando benefici principalmente agli avvocati. Benché siano stati presi in esame parecchi progetti di riforma, al momento si sono fatti pochi progressi ed i risultati sono, al più, mediocri.

Lord Woolf è stato tra i primi a formulare delle proposte per rendere più il giudizio più rapido, economico ed equo, attraverso l'istituzione di un tribunale speciale competente per le controversie aventi ad oggetto la responsabilità medica, composto da giudici che dovrebbero acquisire delle conoscenze in campo medico-legale e monitorare la velocità e i costi dei procedimenti[107].

Più di recente, nel 2006, il governo inglese ha proposto l'*NHS Redress Act*[108]. La parte concernente i principi che sottostanno al *NHS Redress Scheme*, che si applica ai casi di imperizia medica per le controversie di valore inferiore a £ 20.000, è entrata in vigore nell'Aprile 2009. La norma fornisce più trasparenza ed apertura nel settore della *medical negligence*, incoraggiando una cultura dell'apprendimento attraverso gli errori. Il suo obiettivo è migliorare l'esperienza dei pazienti all'interno dell'NHS, muovendosi verso l'adozione di un approccio che punti sull'accessibilità, la flessibilità e una maggiore sensibilità nel fornire una risposta ai reclami, piuttosto che su un indennizzo economicamente equivalente. Si incentra su una maggiore ampiezza delle indagini, spiegazioni approfondite, scuse formali e sulla riabilitazione, senza che, a tal fine, sia necessario per il paziente adire le vie legali[109].

Complessivamente, l' *NHS Redress Act* è stato oggetto di numerose critiche per via della mediocrità delle soluzioni proposte. Esso, infatti, non riesce a venire incontro alle esigenze dei pazienti non soddisfatti del trattamento ricevuto all'interno dell'NHS, per quanto le contestazioni di costoro siano di vecchia data. Non è chiaro cosa debba intendersi per riabilitazione né quale sia l'effettiva portata delle scuse o l'ampiezza delle spiegazioni. Inoltre, non vi è stata prevista una istanza indipendente di appello: i fatti e l'accertamento della responsabilità sono gestiti da soggetti

[106] *Ibid.,* Pattinson, 84.
[107] Lord Woolf, *Access to Justice* (HMSO, 1996).
[108] *NHS Redress Act 2006* disponibile all'indirizzo http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/44/section/1.
[109] Farrell A-M., Devaney S., Making amends or making things worse? Clinical negligence reform and patient redress in England, 2007, 27(4) *Legal Studies*, 630-648 p. 647.

che operano all'interno dell'NHS che, naturalmente, sfrutterà questo meccanismo per la protezione dei propri interessi[110].

Una ulteriore proposta, più radicale, è stata avanzata dal Pearson Report del 1978, dove si prevedeva l'introduzione di un regime di risarcimento del danno basato su una forma di responsabilità oggettiva. Infatti, le condizioni per l'accoglimento delle pretese risarcitorie risultano qui semplificate, riducendosi meramente alla prova del danno biologico e del nesso di causalità[111]. In questo modo, i problemi, in parte, si risolverebbero, giacché coloro che hanno patito delle conseguenze negative a seguito di un trattamento sanitario, otterrebbero un risarcimento, indipendentemente dalla prova della *negligence*. La proposta è stata oggetto di critiche per il suo essere estremamente onerosa e carente circa il profilo della *accountability* e, sinora, non si è tradotta in alcun provvedimento legislativo.

Indipendentemente dalla prospettiva *de iure condendo*, il diritto della medicina, che risente sempre più dell'influenza della giurisprudenza della CEDU, è entrato in una nuova fase. Possiamo, infatti, facilmente constatare un mutamento nell'atteggiamento dei giudici, nel modo di considerare i problemi e le aspettative dei pazienti. Questa nuova era del diritto della medicina ha per fine l'incoraggiamento delle relazioni basate sulla fiducia reciproca e, al contempo, l'implementazione dei diritti umani e l'adozione di un *rights-based approach*. C'è la speranza che, alla luce dei diritti riconosciuti dalla Convenzione e di un approccio incentrato sul paziente, i paradossi e le anomalie nell'ambito della *medical negligence* svaniscano progressivamente.

110 *Ibid*.

111 Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury 1978 (Cmnd. 7054).

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA

COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)

INDIRIZZO N. CIVICO

CAP LOCALITÀ PROV.

P.IVA (SE NECESSITA FATTURA) CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)

TEL. FAX

INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)

COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)

INDIRIZZO N. CIVICO

CAP LOCALITÀ PROV.

ABBONAMENTI

ITALIA		ESTERO	
❑ abbonamento annuale 2012	❑ abb. triennale (pagamenti con cadenza annuale)	❑ abbonamento annuale 2012	❑ abb. triennale (pagamenti con cadenza annuale)
€ 125,00	€ 375,00	€ 250,00	€ 750,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail riviste@cacucci editore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacucci editore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA FIRMA

Provincia di Bari

Foto: Nicola Amato

Sede Centrale Lungomare Nazario Sauro, 29 – 70121 Bari – Italy
Centralino 39.080.54.12.111

ISBN 978-88-6611-103-0

9 788866 111030

€ 35,00