

Anno 8 – Numero 21

17 novembre 2010

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

In questo numero:

- **Provvedimenti cautelari o conservativi**
- **Trasferimento pacchetti di controllo**
- **Responsabilità del revisore legale**

ItaliaOggi

CLASSprofessionale

DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili
di:

Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato,
Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza,
Verbania



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE
a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE
a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO
a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA
a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI
a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)
Paola Balzarini, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Raymond D. Austin, Antonio Caiafa, Gianpaolo Ciervo, Giuseppe Andrea Morezzi, Cristina Saracino

I saggi costituenti "Studi e Opinioni" sono sottoposti a blind referees, scelti tra professori universitari competenti nei vari settori. La valutazione degli atti di convegni e degli scritti già pubblicati o di prossima pubblicazione è riservata ai Direttori. Ogni scritto è preceduto da un abstract in italiano e in inglese. Saranno pubblicati scritti, oltre che in italiano, in inglese, francese, spagnolo e portoghese.

INDICE

	<i>Pag.</i>
RELAZIONI A CONVEGNI	
<i>The Special Government-to-Government Relationship between the United States and American Indian Nations in United States Federal Indian Law</i> di Raymond D. Austin	9
<i>I provvedimenti cautelari o conservativi</i> di Antonio Caiafa	27
STUDI E OPINIONI	
<i>Il contratto di trasferimento di pacchetti di controllo e le procedure concorsuali</i> di Oreste Cagnasso e Cristina Saracino	56
<i>La responsabilità civile del revisore legale alla luce del d. lgs. 39/2010</i> di Gianpaolo Ciervo	68
DIRITTO INDUSTRIALE	
<i>La tutela penale del know-how industriale: gli artt. 623 e 513 c.p. ed il d. lgs. 231/2001</i> di Andrea Giuseppe Morezzi	97
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	115
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	117
INFORMAZIONE CONVEGNI	123

SOMMARIO

RELAZIONI A CONVEGNI

The Special Government-to-Government Relationship between the United States and American Indian Nations in United States Federal Indian Law

This article discusses the unique government-to-government relationship that exists between American Indian nations and the United States government under United States law. Under this relationship, the United States has a “trust” duty to provide certain services to the 564 American Indian nations and their members.

di **Raymond D. Austin**

I provvedimenti cautelari o conservativi

La relazione affronta il tema della tutela cautelare nell’ambito delle procedure concorsuali, e si sofferma sulla tipologia dei provvedimenti cautelari o conservativi che possono essere emessi dal Tribunale, il procedimento e il regime delle spese.

di **Antonio Caiafa**

STUDI E OPINIONI

Il contratto di trasferimento di pacchetti di controllo e le procedure concorsuali

Lo scritto affronta il tema della vendita delle partecipazioni societarie in sede fallimentare, soffermandosi in particolare sui profili delle garanzie dovute dal venditore e sulla disciplina dei contratti pendenti.

di **Oreste Cagnasso e Cristina Saracino**

La responsabilità civile del revisore legale alla luce del d. lgs. 39/2010

Il saggio esamina le innovazioni apportate alla disciplina della revisione contabile ad opera del d. lgs. 39/2010, già dai più definito Testo Unico della revisione legale. In particolare, si concentra l’attenzione sugli aspetti innovativi in tema di responsabilità civile dei soggetti revisori, attraverso l’analisi del contesto internazionale in cui la Direttiva 2006/43/CE ha visto la luce e delle soluzioni peculiari adottate dal legislatore italiano nel recepire la stessa all’interno dell’ordinamento nazionale.

di **Gianpaolo Ciervo**

DIRITTO INDUSTRIALE

La tutela penale del know-how industriale: gli artt. 623 e 513 c.p. ed il d. lgs. 231/2001

Il know-how industriale è una risorsa strategica delle aziende, dalla cui tutela può dipendere la sopravvivenza stessa dell’impresa. Accanto alla protezione offerta in

SOMMARIO

ambito civilistico, l'ordinamento nazionale offre altresì, grazie anche allo sviluppo della giurisprudenza, protezione in sede penale, in particolare agli artt. 623 e 513 c.p., oggi rafforzata dal d. lgs. 231/2001. Il contributo affronta alcuni nodi interpretativi concernenti queste disposizioni.

di **Andrea Giuseppe Morezzi**

INDEX-ABSTRACT

RELATIONS TO CONFERENCES

Page

The Special Government-to-Government Relationship between the United States and American Indian Nations in United States Federal Indian Law 9

This article discusses the unique government-to-government relationship that exists between American Indian nations and the United States government under United States law. Under this relationship, the United States has a “trust” duty to provide certain services to the 564 American Indian nations and their members.

by **Raymond D. Austin**

Precautionary measures and protective ones 27

The report addresses the issue of the judicial protection in case of the bankruptcy proceedings, focusing on the kind of precautionary measures or protective measures which may be issued by the Tribunal, the proceedings and the rules for the proceeding expenses.

by **Antonio Caiafa**

STUDIES AND OPINIONS

The contract for the transfer of control packets and bankruptcy procedures 56

The paper deals with the sale of shareholdings in the bankruptcy, with particular emphasis on the profiles of the guarantees due by the seller and the regulation of “still living” contracts.

by **Oreste Cagnasso and Cristina Saracino**

The auditor's legal liability after the d.lgs. 39/2010 68

The paper examines the innovations made to the rules of the Audit by the d.lgs. 39/2010, that has already been defined the Uniform Statutory Audit. In particular, it focuses on the innovative aspects concerning the civil liability of Auditors through the analysis of the international context in which the Directive 2006/43/EC has growth up and special solutions adopted by the Italian legislator to transpose it within the national law system.

by **Gianpaolo Ciervo**

INDEX-ABSTRACT

INTELLECTUAL PROPERTY

The criminal protection of industrial *know-how*: Articles 623 and 513 c.p. and d.lgs. 231/2001 97

The industrial know-how is a strategic resource of enterprises, and his protection may engraves on the survival of the company. Beside the protection offered in private law, national law also provides, thanks to the development of case law, a protection under the criminal law, in particular Articles 623 and 513 c.p., now reinforced by the d.lgs. 231/2001. The article deals with some of the problems of interpretation on these provisions.

by **Andrea Giuseppe Morezzi**

THE SPECIAL GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP BETWEEN THE UNITED STATES AND AMERICAN INDIAN NATIONS IN UNITED STATES FEDERAL INDIAN LAW*

This article discusses the unique government-to-government relationship that exists between American Indian nations and the United States government under United States law. Under this relationship, the United States has a “trust” duty to provide certain services to the 564 American Indian nations and their members.

di **RAYMOND D. AUSTIN**

1. Introduction

There are 564 American Indian nations that have a special government-to-government relationship with the United States. American Indian nations, also called American Indian tribes in this article, comprise the third sovereign in the United States.¹

*This report was presented by the Author at the conference “*Informal Law and transnational exchanges. The Principles of Navajo (Dine’è) Law: Harmony, Solidarity, Clan Rules*”, University of Torino, Faculty of Economic Studies, 29th march 2010. The author is the Distinguished Jurist in Residence for the Indigenous Peoples Law and Policy Program, James E. Rogers College of Law, University of Arizona, in Tucson, Arizona (USA). The author’s book, *Navajo Courts and Navajo Common Law, A Tradition of Tribal Self-Governance*, is available from the University of Minnesota Press.

¹ The other two sovereigns are 1) the United States which exercises sovereign authority through the federal government, and 2) the fifty states that form the United States. The states exercise governmental authority pursuant to individual state constitutions, but are still bound by the United States Constitution.

In *United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978), the United States Supreme Court ruled that Indian nation sovereignty is inherent and not granted by the United States or any other sovereign. See also Sandra Day O’Connor, “Lessons from the Third Sovereign: Indian Tribal

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

As sovereign governments, Indian nations exercise jurisdictional authority over their members and their lands and, with some limitations, over non-members who live on or visit their lands. A non-member refers to a person who is not enrolled in the Indian nation that is exercising jurisdictional authority over him or her.

The answer to the question of who is an Indian, a question that frequently arises in court cases involving criminal and civil jurisdiction over persons in Indian country, requires proof that the person possesses some amount of Indian blood and is recognized as an Indian by a “federally recognized” Indian nation. Indian nations have exclusive authority to determine their membership through the enrollment process which applies the Indian nations’ own laws. An Indian nation usually requires its members to possess a certain amount of the tribe’s blood, which usually ranges from one-eighth to one-half (depending on the particular tribe). For example, the Navajo Nation requires its members to possess no less than one-quarter Navajo Indian blood.² Enrollment in a “federally recognized” Indian nation also entitles a person to enjoy certain rights reserved in that tribe’s treaty with the United States (e.g., hunting and fishing rights) and benefit from federal programs reserved for Indian peoples such as health care.

The term “federally recognized tribe” identifies Indian nations that have a special government-to-government relationship with the United States. Although several groups in the United States claim to be Indian tribes, they are excluded from the government-to-government relationship because the federal government does not recognize them as federally recognized tribes.³ The government-to-government relationship between Indian nations and the United States is implemented primarily

Courts,” in *Navajo Nation Peacemaking* (Marianne O. Nielsen & James W. Zion, eds., University of Arizona Press, 2005).

² Navajo Nation Code, Title 1, Section 170 (2005 ed.). For example, a person is one-quarter Navajo Indian blood if one of his parents possesses one-half Navajo blood and the other parent is non-Indian.

A few tribes require proof that a person’s ancestor was listed on the Federal Dawes Commission Roll, what is a census taken of some tribes in the second half of the 1800s. Here is the membership criteria for the Cherokee Nation of Oklahoma: “All members of the Cherokee Nation must be citizens as proven by reference to the Dawes Commission Rolls, including the Delaware Cherokees of Article II of the Delaware Agreement dated the 8th day of May, 1867, and the Shawnee Cherokees as of Article III of the Shawnee Agreement dated the 9th day of June, 1869, and/or their descendants.” Constitution of the Cherokee Nation of Oklahoma, Article III, Section 1.

³ The federal Bureau of Indian Affairs has the administrative duty of processing applications from groups that petition to become “federally recognized tribes.” The federal recognition process requires application of federal administrative regulations, involves substantial historical research and expert testimony, takes years to decide, and is very costly in terms of money and time. Petitioning groups frequently have to hire lawyers and anthropologists to help them maneuver the process. The federal administrative regulations can be found at 25 C.F.R. Part 83.

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

through the federal Bureau of Indian Affairs,⁴ which is a federal agency within the United States Department of the Interior.

The European nations and later the United States recognized American Indian tribes as sovereigns capable of making treaties during the colonization of the New World and the early years of the republic. From 1787, when the United States made its first Indian treaty with the Delaware Nation, until 1871, when Indian treaty-making was ended, the United States made and ratified 380 treaties with Indian nations. Although Indian nations were recognized as sovereigns through the treaty-making process, the extent of that sovereignty was not clarified until the United States Supreme Court decided three precedent-setting cases in the early decades of the nineteenth century. The rulings in these cases, known as the Marshall Trilogy after Chief Justice John Marshall who authored the decisions, established the foundational principles that have guided the federal government's relationship with Indian tribes from the early 1800s to the present day.

The cases are *Johnson v. McIntosh* (1823),⁵ *Cherokee Nation v. Georgia* (1831),⁶ and *Worcester v. Georgia* (1832).⁷ American federal and state courts usually cite to the three cases as precedential authority when deciding legal issues regarding the sovereignty of Indian nations and American Indian property rights, treaty rights, and religious and other cultural rights. A United States Supreme Court decision involving a single Indian nation is generally applicable to all Indian nations in the United States. The three foundational cases and the principles they enunciate, such as the federal-Indian nation trust relationship and the right to self-government, also guide federal Indian policies, federal statutory enactments, and federal administrative regulations that deal with Indian nations and the government's handling of American Indian affairs.

2. *Johnson v. McIntosh* (1823)

The United States Supreme Court received its first opportunity to determine the legal and historical status of American Indian tribes in *Johnson v. McIntosh*, decided in 1823. The case concerns the validity of two land grants made by Indian chiefs to private non-Indian individuals (the plaintiffs) in 1773 and 1775. After selling the plots to the plaintiffs, the Indian tribes sold lands containing the same two plots to the United States government. The United States then deeded the lands including the two plots to other individual non-Indians, the defendants. The plaintiffs brought an action to eject the defendants claiming that their titles were superior to the defendants' titles because they received their titles directly from the tribes that owned the lands.

⁴ See <http://www.bia.gov>.

⁵ 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

⁶ 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831).

⁷ 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

The United States Supreme Court framed the issue as follows: Whether title to land granted by Indian tribes to private individuals can be recognized as valid in the courts of the United States? The Supreme Court held that any conveyances of land by Indian nations to private individuals were not valid under United States law. The Indian nations could sell their lands only to the United States government and not to private individuals, because the United States government holds the title to the territory that comprises the United States.

The United States Supreme Court said the nations of Europe, upon discovery of the New World, were all in pursuit of land, and in order to avoid war with each other, had “to establish a principle” which all acknowledged gave the discovering nation the first right to purchase land from the Indians. “This principle,” said the Court, was “that discovery gave title to the government by whose subjects, or by whose authority, it was made, against all other European governments,” and which title gave the discovering nation the “sole right of acquiring the soil from the natives.”⁸ This principle is called the discovery doctrine, a mediievally-originated doctrine that had been applied to native peoples and native lands in Africa, beginning with the Canary Islands, in the 1430s.⁹

According to the discovery doctrine, discovering European nations may recognize only Christian peoples as holding legal title (as in fee simple or sovereign ownership) to their lands.¹⁰ In spite of having possessed their lands for thousands of years prior to European contact, the European nations deemed the American Indian nations incapable of holding legal title to their lands because they were not Christian peoples. The question then is if the discovery doctrine denied to Indian nations title to their lands, then what rights to land do they hold after discovery of the New World by European sovereigns? The United States Supreme Court said the Indian nations hold a mere “right of occupancy” which the discovering European nation may extinguish “either by purchase or conquest.”¹¹

Courts and legal commentators use three terms to describe the “right of occupancy” to land that the Indian nations are said to have retained after their discovery by a European nation: “aboriginal Indian title,” “original Indian title,” and “Indian title.” The native interest in land called the “right of occupancy” is not compensable if the United States takes the land from the Indians. The United States Supreme Court has

⁸ *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. at 573.

⁹ Robert A. Williams Jr., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest* (Oxford University Press, 1990), 68-74.

¹⁰ *Id.* at 99; *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. at 576-77 (the European nations divided up North America among themselves while the continent was still in possession of the Indian nations).

¹¹ *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. at 585, 587.

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

held that none of the three titles is compensable under the Fifth Amendment to the United States Constitution if the United States extinguishes them.¹²

The United States Supreme Court ruled in *Johnson v. McIntosh* that the two Indian nations held only a “right of occupancy,” and not legal title, when they sold the plots to the plaintiffs. Thus, they could not convey valid title to the plaintiffs under United States law. Furthermore, the United States, as successor to Great Britain, had sole authority to extinguish the two Indian nations’ “right of occupancy” by purchase or conquest. The rule then is that all American Indian nations have a claim, deemed a “right of occupancy,” to their traditional lands and territory, “but their rights to complete sovereignty, as independent nations, were necessarily diminished, and their power to dispose of the soil at their own will, to whomsoever they pleased, was denied by the original fundamental principle, that discovery gave exclusive title to those who made it.”¹³ The discovery doctrine, thus, gave the United States complete title to lands that formed its territory even while still in the possession of the Indian nations.

The United States Supreme Court acknowledges that the Indian nations were complete sovereigns prior to European contact, but upon discovery “their rights to complete sovereignty, as independent nations, were necessarily diminished” by the discovery doctrine.¹⁴ What does the Supreme Court mean when it says the Indian nations’ rights to complete sovereignty were necessarily diminished? Conquest gives the conquering nation authority to prescribe the rights of the conquered peoples; thus,

¹² *Tee-Hit-Ton Indians v. United States*, 348 U.S. 272 (1955). In this case, the Indians sued the United States under the Fifth Amendment to the U.S. Constitution for compensation after the United States took timber from lands that the Indians claimed as theirs. The United States Supreme Court held that the Indians only had a right of occupancy to the lands (meaning they did not own the lands) and therefore could not be compensated for the timber without congressional authorization. The following language from the case shows the United States Supreme Court sometimes exhibits outright racism against American Indians: “Every American schoolboy knows that the savage tribes of this continent were deprived of their ancestral ranges by force and that, even when the Indians ceded millions of acres by treaty in return for blankets, food and trinkets, it was not a sale but the conquerors’ will that deprived them of their land.” *Id.* at 289-90.

Indian nations can be compensated pursuant to the Fifth Amendment to the U.S. Constitution if lands taken from them are treaty-protected property or property protected by federal statute. *United States v. Sioux Nation of Indians*, 448 U.S. 371 (1980). In 1946, Congress passed the Indian Claims Commission Act, 25 U.S.C.A. §§ 70-70v, which allowed tribes to file claims against the United States for lands taken that fall under the category of “right of occupancy.” One requirement under the Act was the Indian nation’s claim for land taken must have accrued prior to August 13, 1946. The Indian Claims Commission, as an administrative body, was ended in 1978.

¹³ *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. at 574.

¹⁴ *Id.* at 574.

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

the United States, as successor to Great Britain (the conqueror) and as conquering sovereign, can prescribe the limits of the sovereign powers of Indian nations (the conquered) without their consent.¹⁵

In *Johnson v. McIntosh*, the tribal sovereign power that was extinguished by the United States was the Indians nations' power to transfer land to private individuals and to nations other than the United States. As *Cherokee Nation v. Georgia* explains, the rule that Indian nations are no longer complete sovereigns equates to extinguishment of some tribal sovereign powers. The United States Supreme Court has used the rule in *Johnson v. McIntosh*, that the discovery doctrine diminished the sovereign powers of Indian nations, to further limit the authority of American Indian governments in several areas, including their exercise of criminal and civil jurisdiction over non-Indians.

Johnson v. McIntosh is the first United States Supreme Court decision that attempted to define the status of Indian nation sovereignty within the United States. Although neither individual Indians nor tribes were parties to that case, the United States Supreme Court still addressed American Indian rights and sovereignty because they were necessary to the decision. The two other Marshall cases that followed *Johnson v. McIntosh*, *Cherokee Nation v. Georgia* and *Worcester v. Georgia*, further defined the legal status of Indian nations through foundational principles that have withstood the test of time and are still relevant in the modern era.

3. Cherokee Nation v. Georgia (1831)

The United States Supreme Court, in *Cherokee Nation v. Georgia*, acknowledged the complexity and uniqueness of America's relationship with Indian nations when it declared that "the relation of the Indians to the United States is marked by peculiar and cardinal distinctions which exist no where else."¹⁶ When the Supreme Court made this observation, the United States government was formalizing plans to remove Indian tribes hundreds of miles from their homelands in the Southeastern part of the United States to lands located west of the Mississippi River. The shameful removals of the Cherokee people and other southeastern Indian tribes, called the five-civilized tribes, from their southeastern homelands to the Indian Territory (which is now the State of Oklahoma) is aptly known in American history as "The Trail of Tears."

The legislature of the State of Georgia decided to initiate its own Indian removal program. In 1828 and 1829, Georgia passed laws that essentially outlawed the Cherokee Nation as a political entity, divided Cherokee lands among several of its counties, and made it a crime for any person to reside on Cherokee lands without a license and without having taken an oath to abide by its (Georgia's) laws. The United States had earlier promised in treaties that the Cherokee Nation was secure in its lands

¹⁵ *Id.* at 588-89.

¹⁶ *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1, 16 (1831).

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

and recognized its political status as a sovereign Indian nation with an unquestioned right to self-government.¹⁷ The Cherokee Nation sued Georgia in the United States Supreme Court to enjoin the state's laws and actions and to force the federal government to uphold promises the United States had made in treaties. In an attempt to have the United States Supreme Court accept its petition, the Cherokee Nation relied on a section in the United States Constitution that grants the Supreme Court original jurisdiction when a state is sued by a foreign nation.¹⁸

The United States Supreme Court had no problem finding that the Cherokee Nation was a "state" as that term is used in international law to designate a nation. The Cherokee Nation was "a distinct political society, separated from others, capable of managing its own affairs and governing itself."¹⁹ The United States had made treaties with the Cherokees and had consistently treated them as a state from original contact.²⁰ The Supreme Court declared that "[t]he acts of our government plainly recognize the Cherokee nation as a state, and the courts are bound by those acts."²¹ However, a more difficult question remained: "Do the Cherokees constitute a foreign state in the sense of the constitution?"²²

The United States Supreme Court held that "an Indian tribe or nation within the United States is not a foreign state in the sense of the constitution, and cannot maintain an action in the courts of the United States."²³ What reasons support the rule that Indian nations are not "foreign nations" within the meaning of the United States Constitution? Here are the reasons the Supreme Court cited: the Indian nations are under the protection of the United States; Indian nations agreed to this protection in treaties; Indian nations agreed in treaties to have the United States manage their trade and all their affairs; and Indian nations depend on the United States for all their wants and needs.²⁴ Furthermore, the Indians and "their country are considered by foreign nations,

¹⁷ Treaty of Hopewell (1785) and Treaty of Holston (1791).

¹⁸ U.S. Constitution, Article 3, Section 2: "The judicial Power shall extend to all Cases ... between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

In all Cases ... in which a State shall be a Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction." The Cherokee Nation used Section 2 to invoke the Constitution's grant of original jurisdiction by suing the State of Georgia directly in the United States Supreme Court.

¹⁹ *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. at 16. The State of Georgia did not show up to argue its case before the United States Supreme Court.

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ *Id.* at 20. This ruling, made in 1831, does not prohibit Indian nations from suing in the federal courts of the United States today. The ruling simply means that Indian nations cannot bring an original action in the United States Supreme Court because they are not foreign nations.

²⁴ *Id.* at 17.

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

as well as ourselves, as being so completely under the sovereignty and dominion of the United States,” that any attempt by a foreign nation to form a political connection with them would be considered “an act of hostility.”²⁵ The Supreme Court’s holding can be summarized this way: American Indian nations are not foreign nations because they are completely under the sovereignty and authority of the United States, or as Marshall termed them, “domestic dependant nations.”

The United States Supreme Court’s holding leads to another question: If Indian nations are not foreign nations, what legal status do they hold in the United States? Although Indian nations are not legally foreign nations, they still possess sovereignty that the Supreme Court said allowed for a reduced kind of nationhood under United States law.

They [American Indian nations] may, more correctly, perhaps, be denominated domestic dependent nations. They occupy a territory to which we assert a title independent of their will, which must take effect in point of possession when their right of possession ceases. Meanwhile they are in a state of pupilage. Their relation to the United States resembles that of a ward to his guardian.²⁶

Chief Justice Marshall’s formulation of Indian nations as “domestic dependent nations” is a further refinement of his declaration in *Johnson v. McIntosh* that Indian nations, following discovery by European nations, assumed the status of diminished sovereigns. This characterization of Indian nations as domestic dependent nations has become a double-edged sword for the Indian people. Indian nations, as domestic dependent nations, are deemed to retain all powers of self-government, including powers over their internal relations, but no longer possessed of external sovereignty such as allying or making treaties with foreign nations and selling their lands to parties other than the United States. The United States Supreme Court has used the doctrine to protect Indian rights to self-government, property, and lands, and has used it to deny Indian religious practices and divest Indian nations of sovereign powers. For example, the United States Supreme Court has held that non-Indian violators of tribal criminal laws cannot be tried in the courts of Indian nations, because the exercise of Indian court criminal jurisdiction over non-Indians would be inconsistent with the tribes’ status as domestic dependent nations.²⁷ The Supreme Court also has held that Indian nations, in general, cannot regulate the activities of non-Indians on non-Indian-owned fee land located within the borders of Indian reservations.²⁸

Chief Justice Marshall’s second proposition that Indian nations are in a state of pupilage and in a guardian-ward relationship with the United States, became known as

²⁵ *Id.* at 17-18.

²⁶ *Id.* at 17.

²⁷ *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*, 435 U.S. 191 (1978).

²⁸ *Montana v. United States*, 450 U.S. 544 (1981).

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

the “guardian-ward theory” in federal Indian law. This theory serves as the doctrinal basis for the “trust doctrine” or special relationship (called “trust relationship” and “government-to-government relationship”) between the United States government and federally recognized American Indian nations. Pursuant to the trust doctrine, the federal government has a broad “trust responsibility” to manage Indian affairs in a manner that arguably serves the best interests of Indian peoples and Indian nations.

The federal government is the trustee and Indian nations are the beneficiaries. The extent to which the trust doctrine creates legally enforceable obligations against the United States has been the subject of much litigation in American federal courts. For sure, a trust duty expressed in a federal statute is enforceable.²⁹ A similar trust relationship between states and federally recognized Indian tribes does not exist, although a few eastern states have recognized groups residing within their borders as Indian tribes. Groups recognized by states as “Indian tribes” are called “state recognized tribes.”

As part of the trust relationship, the United States (through the executive and legislative branches of government) has a “trust responsibility” to the 564 federally recognized American Indian nations. The federal government provides funding and services to Indian peoples and Indian nations located on reservations across the country. The Bureau of Indian Affairs, with headquarters in Washington, D.C., is the primary federal agency responsible for implementing the federal government’s trust duty. The Bureau of Indian Affairs operates programs that provide services to Indian peoples, including police, judicial, education, social, and management of land and natural resources. The Bureau of Indian Affairs also provides technical and legal expertise in areas like economic development and natural resources management.

As part of its trust duty, the federal government holds title to Indian lands, which are called Indian trust lands. Trust lands are not taxable, nor can they be sold without the federal government’s permission. The federal government approves (and sometimes negotiates on a tribe’s behalf) all leases (such as exploration and mining leases, timber-cutting leases, business leases, rights-of-ways etc.) that use Indian trust lands. The federal government, as part of its trust responsibility (and as promised in Indian treaties), also funds health care programs (including hospitals and clinics) for American Indians through the Indian Health Services, which is within the United States Department of Health and Human Services. The areas and ways in which the federal government upholds its trust duty to American Indian nations are not limited to those discussed above.

Cherokee Nation v. Georgia is an important case in federal Indian law. Although the United States Supreme Court’s formulations of tribes as domestic dependent nations and as wards of the federal government are dicta, they have become

²⁹ *United States v. White Mountain Apache Tribe*, 537 U.S. 465 (2003).

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

the doctrinal basis for the federal government's historical and modern relationship with Indian nations. The guardian-ward theory has not been without faults. In *United States v. Kagama*, which extended a code of federal criminal law over crimes committed by Indians in Indian country, the United States Supreme Court carried the theory to an extremity when it proclaimed that the United States (actually Congress) under its trust responsibility possessed near unlimited power over Indian nations in fulfillment of its duty to protect Indian tribes.

These Indian tribes are wards of the nation. They are communities dependent on the United States, — dependent largely for their daily food; dependent for their political rights. ... From their very weakness and helplessness, so largely due to the course of dealing of the federal government with them, and the treaties in which it has been promised, there arises the duty of protection, and with it the power. This has always been recognized by the executive, and by congress, and by this court, whenever the question has arisen.³⁰

A year after deciding *Cherokee Nation v. Georgia*, Chief Justice Marshall was presented with a third opportunity to set forth additional views on the legal status of Indian nations in the United States.

4. Worcester v. Georgia (1832)

Both *Cherokee Nation v. Georgia* and *Worcester v. Georgia*³¹ rely on the same set of facts. Both cases stem from legislative actions taken by the State of Georgia that threatened Cherokee Nation sovereignty; promises that the United States made in several treaties with the Cherokee Nation; and the continued residence and existence of the Cherokee people on their homelands in the southeastern part of the United States. The United States Supreme Court summarized Georgia's actions as follows: "It has been said at the bar, that the acts of the legislature of Georgia seized on the whole Cherokee country, parcel it out among the neighboring counties of the state, extend her code over the whole country, abolish its institutions and its laws, and annihilate its political existence."³²

Although the Cherokee Nation did not bring the legal action in *Worcester v. Georgia*, as it had done in *Cherokee Nation v. Georgia*, its political and property interests were at the heart of the case. Georgia had convicted and imprisoned the

³⁰ 118 U.S. 375, 383-84 (1886). The United States Supreme Court held in *United States v. Kagama* that Congress possesses power to enact a series of criminal offenses (called Major Crimes Act) for Indians who commit them on Indian reservations. Later in *Lone Wolf v. Hitchcock*, 187 U.S. 553, 555-568 (1903), the United States Supreme Court declared that Congress has plenary power over Indian nations. This doctrine is called "congressional plenary power" in federal Indian law.

³¹ 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

³² *Id.* at 542.

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

petitioner, Samuel Worcester, a white person and missionary, for refusing to obtain a license from the governor that would permit him to reside in Cherokee country and for refusing to take an oath to support and defend its constitution and laws. Samuel Worcester brought his case before the United States Supreme Court claiming that he had been imprisoned pursuant to a Georgia law that was “repugnant to the constitution, laws and treaties of the United States.”³³ Samuel Worcester argued that 1) he was present in Cherokee country with the permission and consent of the president of the United States and the Cherokee Nation; 2) the Cherokee treaties acknowledge the Cherokee Nation as a sovereign nation with a right to govern itself and all persons who settle in their territory, free from state laws; 3) the act under which he was indicted, convicted, and imprisoned is unconstitutional because it violated treaties between the United States and the Cherokee Nation; and 4) Congress, pursuant to the United States Constitution, has sole authority over Indian affairs, therefore, Georgia’s laws had illegally usurped federal authority in violation of the Constitution and federal laws regulating trade and intercourse with Indian nations.³⁴ The United States Supreme Court necessarily had to analyze the political and legal status of the Cherokee Nation (and, in general, the respective powers of Indian nations and the several states) using treaties, federal laws, and the United States Constitution in order to decide Samuel Worcester’s individual rights.

The United States Supreme Court framed the issue as follows: “We must inquire and decide whether the act of the legislature of Georgia, under which the plaintiff in error has been prosecuted and condemned, be consistent with, or repugnant to, the constitution, laws and treaties of the United States.”³⁵ The answer to this question depended on two larger questions: 1) Whether either treaties with the United States, federal laws, or the discovery doctrine had extinguished the Cherokee Nation’s rights to self-government and territorial management?; and, 2) Whether the Indian commerce clause of the United States Constitution grants to the federal government exclusive power over Indian affairs?

Did the discovery doctrine annul the rights of the Indians to their lands and self-government? While analyzing this issue, the United States Supreme Court revisited and clarified the discovery doctrine that it had previously introduced in the first Marshall Trilogy case, *Johnson v. McIntosh*. The Supreme Court declared that the discovery doctrine “did not annul the previous rights” of the Indians, but had given to “the

³³ *Id.* at 536. The United States Supreme Court said, “The indictment charges the plaintiff in error, and others, being white persons, with the offence of ‘residing within the limits of the Cherokee nation without a license,’ and ‘without having taken an oath to support and defend the constitution and laws of the state of Georgia.’” *Id.* at 537.

³⁴ *Id.* at 540-41.

³⁵ *Id.* at 541.

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

[European] nation making the discovery ... the sole rights of acquiring the soil [from the Indians] and making settlements on it. ... It [the discovery doctrine] gave the exclusive right to purchase, but did not found that right on a denial of the right of the possessor [Indians] to sell.”³⁶ The right of purchasing the soil from the natives, acknowledged among the European nations claiming discovery in America, was a “preemptive privilege.”³⁷ The discovery doctrine, said the Supreme Court, gave the right to purchase land from the Indians; it did not interfere with the right of the Indian nations to self-government.³⁸ In addition, the policy of the British government, and later adopted by the United States government, was to refrain from interfering with the Indians’ right to govern themselves.³⁹ The right to self-government, if not expressed in a treaty provision, is implied into the Indian treaty.

The United States made its first Indian treaty with the Delaware Nation in September 1778. From 1778 to 1871, when the United States quit making treaties with Indian nations, treaty-making was the preferred American method of conciliating the Indian nations and obtaining their lands. Some early Indian treaties, including the treaties analyzed in *Worcester v. Georgia*, contain a provision that acknowledges that the Indian nation is under the protection of the United States, and not any foreign power.⁴⁰ Did the Cherokees give up their rights to sovereignty and self-government when they agreed in treaties to be under the protection of the United States? The United States Supreme Court said no and explained the meaning of the term “protection” in the treaties:

The Indians perceived in this protection only what was beneficial to themselves – an engagement to punish aggressions on them. It involved, practically, no claim to their lands, no dominion over their persons. ...

The same stipulation entered into with the United States is undoubtedly to be construed in the same manner. They receive the Cherokee nation into their favour and protection. The Cherokees acknowledge themselves to be under the protection of the United States, and of no other power. Protection does not imply the destruction of the protected.⁴¹

The “protection” provision in the Cherokee treaties does not annul Cherokee Nation sovereignty and right to self-government. How about the provision that states, “the United States, in congress assembled, shall have the sole and exclusive right of regulating the trade with the Indians, and *managing all their affairs*, as they think

³⁶ *Id.* at 544.

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.* at 547-49.

⁴⁰ The third article of the 1885 Cherokee Treaty of Hopewell states that the Cherokees are “under the protection of the United States of America, and of no other power.” *Id.* at 551.

⁴¹ *Id.* at 552.

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

proper”?⁴² Again, the United States Supreme Court answered in the negative, because the main subject of that provision is trade and it would be inconceivable that the Cherokee Nation would terminate its own political existence in a treaty meant to preserve its rights.

To construe the expression “managing all their affairs,” into a surrender of self-government, would be, we think, a perversion of their necessary meaning, and a departure from the construction which has been uniformly put on them. The great subject of the article is the Indian trade. ... It is equally inconceivable that they could have supposed themselves, by a phrase thus slipped into an article, on another and most interesting subject, to have divested themselves of the right of self-government on subjects not connected with trade. ... [A construction annulling the Indians’ right to self-government] would convert a treaty of peace covertly into an act, annihilating the political existence of one of the parties. Had such a result been intended, it would have been openly avowed.⁴³

The United States Supreme Court concluded that the treaties with the Cherokee Nation explicitly recognize “the national character of the Cherokees, and their right to self-government; thus guarantying their lands[.]”⁴⁴ Subsequent court cases have relied on *Worcester v. Georgia* to construe Indian treaties. Furthermore, Chief Justice Marshall’s approach to constructing the Cherokee treaties eventually resulted in rules on Indian-treaty construction, including the rule that Indian treaties must be liberally construed in favor of the Indians.⁴⁵ Moreover, it is significant to state that no Indian treaty has ever been construed to annul the self-government of an American Indian nation.

Congress can terminate the sovereign powers of Indian nations through federal laws enacted for that purpose. Did the federal trade and intercourse acts divest the Cherokee Nation of its right to self-government? The United States Supreme Court ruled that the relevant trade and intercourse acts expressed Congress’ intent to treat the Indian tribes as “nations” and to “respect their rights”: “All these acts ... manifestly consider the several Indian nations as distinct political communities, having territorial boundaries, within which their authority is exclusive, and having a right to all the lands

⁴² *Id.* at 553.

⁴³ *Id.* at 553-54.

⁴⁴ *Id.* at 556.

⁴⁵ David H. Getches, Charles F. Wilkinson & Robert A. Williams, Jr., *Federal Indian Law, Cases and Materials* (West Publishing, 5th ed. 2005), 129. These are the three major rules on construction of Indian treaties: 1) any ambiguity in a treaty must be resolved in favor of the Indians; 2) treaty provisions must be interpreted as the Indians would have understood them; and 3) a treaty must be liberally construed in favor of the Indians. The rules of treaty construction have been extended to federal statutes on American Indians. *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976).

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

within those boundaries, which is not only acknowledged, but guaranteed by the United States.”⁴⁶ Congress passed the trade and intercourse acts to regulate trade with the Indians and those laws did not divest Indian nations of their right to self-government.

The United States Supreme Court summarized its position on Indian treaties and applicable federal trade laws as follows: “The treaties and laws of the United States contemplate the Indian territory as completely separated from that of the states; and provide that all intercourse with them [Indians] shall be carried on exclusively by the government of the union.”⁴⁷ The ruling that Indian lands are “completely separated from that of the states” means that the State of Georgia did not have legislative or adjudicatory jurisdiction over persons and property located on Cherokee lands and over the Cherokee Nation and its lands.

Finally, what does the United States Constitution say about the relationship between Indian nations and the United States? On this issue, the United States Supreme Court ruled as follows: “That instrument [United States Constitution] confers on congress the powers of war and peace; of making treaties, and of regulating commerce with foreign nations, and among the several states, and *with the Indian tribes*. These powers comprehend all that is required for the regulation of our intercourse with the Indians.”⁴⁸ Restated, the Indian commerce clause of the United States Constitution grants Congress exclusive power over American Indian affairs.⁴⁹ The states of the union have no authority over Indian affairs. These are presently settled laws. The Supreme Court summarized its rulings on the issues as follows:

The Cherokee nation, then, is a distinct community occupying its own territory, with boundaries accurately described, in which the laws of Georgia can have no force, and which the citizens of Georgia have no right to enter, but with the assent of the Cherokees themselves, or in conformity with treaties, and with the acts of congress. The whole intercourse between the United States and this nation [Cherokee Nation], is, by our constitution and laws, vested in the government of the United States.⁵⁰

The legislative acts of Georgia that purported to annihilate the Cherokee Nation and divide Cherokee lands among several Georgia counties, and extend Georgia laws over the Cherokee people and their lands were declared null and void. The United States Supreme Court proclaimed that Georgia’s acts “interfere forcibly with the relations established between the United States and the Cherokee nation, the regulation of which, according to the settled principles of our constitution, are committed

⁴⁶ *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. at 557.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.* at 559.

⁴⁹ The Indian commerce clause states as follows: “The Congress shall have the Power ... To regulate Commerce ... with the Indian Tribes.” United States Constitution, Art. 1, Sec. 8, Cl. 3.

⁵⁰ *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. at 561.

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

exclusively to the government of the union.”⁵¹ Georgia was in direct violation of the United States Constitution, treaties between the Cherokee Nation and the United States, and federal laws granting the federal government, and not the several states, power to regulate trade with the Indians. The Supreme Court reversed Samuel Worcester’s conviction.

The Marshall Trilogy, comprised of *Johnson v. McIntosh*, *Cherokee Nation v. Georgia*, and *Worcester v. Georgia*, established a number of fundamental principles concerning the relationship between the United States and American Indian nations that have endured to the present-day. First, the discovery doctrine divested Indian nations of their powers to make alliances with foreign nations and to sell their lands to parties other than the United States government. Second, Indian nations became “domestic dependent nations” when the United States assumed their protection. As domestic dependent nations, Indian nations no longer possess complete sovereign powers because they and their lands are under the authority of the United States. Third, the Indian commerce clause of the United States Constitution grants Congress exclusive and broad power over American Indian affairs. The states of the union are excluded from this broad grant of authority. Fourth, the federal government has a special relationship or trust relationship with American Indian nations. The trust relationship holds that the United States is a trustee and the Indian nations are the beneficiaries. The states of the union do not have a trust relationship with Indian nations. Finally, the holding in *Worcester v. Georgia*, that states have absolutely no jurisdiction on Indian lands, has been scaled back so that states now have jurisdiction over non-Indians and their activities on Indian reservations. The other part of this rule remains – states, generally, do not have jurisdiction over the internal affairs of American Indian nations in Indian country.

5. Self-Government and Modern Indian Nations

Although the Marshall Trilogy establishes several principles that are important to the government-to-government relationship between Indian nations and the federal government, the principle that is very important to the 564 federally-recognized Indian nations is the right to self-government. The right to self government, an inherent attribute of Indian nation sovereignty, allows the Indian people to continue to govern themselves like they did before European discovery. Since passage of the federal Indian Reorganization Act in 1934,⁵² the right to self-government has been expressed in federal

⁵¹ *Id.*

⁵² Also called the Wheeler-Howard Act, 25 U.S.C.A. § 461 *et seq.* (1934). For a brief period in the 1950s, United States Indian policy shifted to termination of Indian nations; several Indian nations lost their federally-recognized status pursuant to this policy. The “terminated” tribes later regained their status as federally recognized tribes.

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

legislation, federal administrative regulations, federal court decisions (notably United States Supreme Court decisions), and federal Indian policy. The 1934 Indian Reorganization Act authorized Indian nations to adopt written constitutions and codes in an attempt to formalize their governing structures and exercise their right to self-government. However, several Indian nations, the most notable being the Navajo Nation, refused to organize under the 1934 Indian Reorganization Act.

Although the Navajo Nation refused to adopt a written constitution, it still established an American-form of three-branch government (legislative, executive, and judicial) using statutory laws.⁵³ The legislative branch contains the Navajo Nation Council (legislators) who are elected by voters from the districts they represent every four years. The council delegates elect one of their own as a speaker who presides during legislative sessions. The speaker is the head of the legislative branch. The president of the Navajo Nation is the chief executive officer of the executive branch. The president and vice-president are elected as a team through popular vote of the Navajo people every four years. The executive branch contains several divisions that provide services to the Navajo people, including the Department of Justice (houses the Nation's lawyers), Division of Education, Division of Public Safety (police and fire protection), Division of Economic Development, Division of Health, and Division of Social Services. The chief justice is the head of the judicial branch, which contains the Navajo Nation court system. The court system has the Navajo Nation Supreme Court, trial courts, peacemaking, and judges and support staff.

Some Indian nations use the three-branch government structure and others use a two-branch structure. The two-branch structure usually has a separate judicial branch (court system) and combines the executive and legislative departments into a tribal council chaired by a chairperson. The chairperson is usually popularly elected while the council delegates are elected by voters from their home districts. Some Indian nations initially adopted a model constitution drafted in 1934 by officials of the Bureau of Indians Affairs. Today, many Indian nations are amending their constitutions and incorporating their cultures, languages, religious beliefs, and particular needs such as economic development into their governing documents.

An important exercise of American Indian self-government is enacting laws that regulate people, businesses, land use, natural resources, and property on Indian lands. Indian nations usually have the same general laws found in state codes, including laws on domestic matters (e.g., marriage, divorce, probate, children), individual and property

⁵³ See Raymond D. Austin, *Navajo Courts and Navajo Common Law, A Tradition of Tribal Self-Governance* (University of Minnesota Press, 2009), for an understanding of the Navajo Nation government and its courts and laws. Navajoland covers an area slightly larger than Ireland. Three hundred thousand people claimed to be Navajo during the 2000 United States Census.

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

rights, natural resources (e.g., timber, minerals, water, air quality), business and economic development, education, land use (e.g., agriculture, farming, and ranching), hunting and fishing, and criminal offenses. Where Indian nations differ from states is the use of Indian customary laws. Presently, Indian nations are revitalizing their customary laws and applying them in government operations and court decisions, and incorporating them into their constitutions and codes.

The Navajo Nation courts lead American Indian nation courts at using customary law to decide legal issues. Navajo common law includes customs, traditions, and values that the Navajo people have used for centuries to regulate and keep Navajo society in order.⁵⁴ For example, Navajos use a clan system for determining kinship. A Navajo identifies relatives through four basic clans (mother's clan, father's clan, paternal grandfather's clan and maternal grandfather's clan). For illustrative purposes, say Joe's four basic clans are "A," "B," "C," and "D." Navajo custom prohibits marriage between people who are related through clans. In our example, Joe, who is a member of clan "A," cannot marry anyone who is clan "A," "B," "C," or "D," because members of these clans are his relatives. The Navajo Nation Supreme Court has held that Navajo common law is the law of preference in the Navajo Nation.⁵⁵ Thus, lawyers who argue cases in the Navajo Nation courts must have a workable understanding of Navajo customary law.

The Navajo Nation courts have also reinstated peacemaking, a traditional American Indian method of dispute resolution that is similar to mediation. A peacemaker, usually a person who is respected within the community, guides the peacemaking process from beginning to conclusion. Navajo peacemaking costs a fraction of adversarial litigation, takes a couple of hours on average to complete, and allows disputants to arrive at consensual solutions to their problems through a process that involves talking things out and application of customary law. Family members,

⁵⁴ Here is a very short list of books and articles for people interested in American Indian customary law and peacemaking: Raymond D. Austin, *Navajo Courts and Navajo Common Law, A Tradition of Tribal Self-Governance* (University of Minnesota Press, 2009); Marianne O. Nielsen & James W. Zion, *Navajo Nation Peacemaking* (University of Arizona Press, 2005); Rennard Strickland, *Fire and the Spirits* (University of Oklahoma Press, 1975); Philmer Bluehouse & James W. Zion, "Hozhooji Naat'aanii: The Navajo Justice and Harmony Ceremony," 10 *Mediation Quarterly* 327 (1993); Antoinette Lopez Sedillo, "Evolving Indigenous Law: Navajo Marriage, Cultural Traditions and Modern Challenges," 17 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 283 (2000); Robert D. Cooter & Wolfgang Fikentscher, "Indian Common Law: The Role of Custom in American Indian Tribal Courts (Part I of II)," 46 *American Journal of Comparative Law* 287 (1998); Robert D. Cooter & Wolfgang Fikentscher, "Indian Common Law: The Role of Custom in American Indian Tribal Courts (Part II of II)," 46 *American Journal of Comparative Law* 509 (1998).

⁵⁵ *Navajo Nation v. Platero*, 6 Nav. Rptr. 422 (Nav. Sup. Ct. 1991).

RELAZIONI A CONVEGNI

GOVERNMENT-TO-GOVERNMENT RELATIONSHIP

elders, friends, and community leaders participate in the discussions that lead to resolution of problems. Traditional American Indian ways of doing things are integral to the Indian people governing themselves and traditional ways perpetuate culture, language, spiritual beliefs, and identity.

6. Conclusion

The “distinct body of law that regulates the legal relationships between Indian tribes and the United States” is called federal Indian law.⁵⁶ This field of law is complex because it is “expressed in separate volumes of the United States Code and the Code of Federal Regulations, in some 380 treaties, in hundreds of cases, and in scores of law review articles.”⁵⁷ Although the study of federal Indian law appears to be an enormous task, anyone who wants to understand the basics begins with the Marshall Trilogy, the cases covered in this article. The foundational doctrines established in the Marshall Trilogy (i.e., discovery doctrine, guardian-ward theory, trust relationship, right to self-government, and rules on treaty construction) inform much of federal Indian law today. The constitutional grant of power to the federal government over Indian affairs (discussed in *Worcester v. Georgia*) drives much of the special relationship between Indian nations and the United States today. Pursuant to the Constitution, federal power preempts state power in the field of Indian affairs, which allows the federal government to carry out its treaty and statutory obligations to Indian nations and Indian peoples.

United States law holds that Indian nations are no longer possessed of the full attributes of sovereignty; the legal term coined by the United States Supreme Court is “domestic dependent nations.” As domestic dependent nations, the 564 federally-recognized Indian nations enjoy the right to self-government which includes engaging in a government-to-government relationship with the federal government and the surrounding state governments. Although the federal government has been a mainstay, and sometimes overly paternalistic, in the lives of Indian peoples and nations for well over two centuries, the Indian nations have become self-reliant; they have democratic forms of governments, have laws that regulate their lands and society, and create opportunities for their citizens such as through education and economic development. Indian nations certainly have suffered at the hands of discovering European nations and the United States, but their modern-day exercises of governmental authority shows that they are not only impact players in the American political scene but also in the international arena.

⁵⁶ David H. Getches, Charles F. Wilkinson & Robert A. Williams, Jr., *Federal Indian Law, Cases and Materials* (West Publishing, 5th ed. 2005), 1.

⁵⁷ *Id.* The federal statutes on American Indians are primarily in Title 25 of the United States Code (titled “Indians”) and then scattered through several other titles according to subject matter such as crimes, health and education.

RELAZIONI A CONVEGNI

I PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI*

La relazione affronta il tema della tutela cautelare nell'ambito delle procedure concorsuali, e si sofferma sulla tipologia dei provvedimenti cautelari o conservativi che possono essere emessi dal Tribunale, il procedimento e il regime delle spese.

di ANTONIO CAIAFA

1. Premessa

La constatata insufficienza del solo fallimento a regolare le diverse situazioni cui la crisi di impresa era in grado di dar luogo, ebbe ad indurre, già il Legislatore del 1942, a compiere una riunione, non solo formale, di istituti tra loro connessi – quale il concordato preventivo e l'amministrazione controllata – nella convinzione di dare un'impronta sostanzialmente unitaria alla disciplina della crisi economica dell'impresa, in relazione ai superiori interessi dell'economia generale.

In prosieguo sono state emanate specifiche disposizioni dirette a disciplinare le possibili *vicende circolatorie* dell'azienda, e ciò in quanto è stato ritenuto che, in effetti, l'apertura di una procedura concorsuale non dovesse operare come fattispecie necessariamente estintiva dell'impresa, sicchè, sull'aspetto liquidatorio poteva prevalere quello della possibile *conservazione*, ed in presenza di particolari condizioni anche lo stesso *risanamento*.

E' per tale ragione che le ipotesi traslative dell'impresa, in situazioni di crisi, reversibile o meno, hanno costituito un argomento, per molto tempo, di interesse per autori¹ che lo hanno affrontato *de iure condendo*, atteso che, prima della legge

* Il saggio costituisce la relazione tenuta, nell'ambito di un convegno per la formazione dei curatori, il 4 marzo 2010 all'Università degli Studi di Siena.

¹ La letteratura sul tema è davvero molto ampia, sicchè il richiamo agli Autori non può essere certamente esaustivo e, pertanto, mi limito a richiamare gli scritti più rilevanti per una comprensione della fattispecie: GRANDI, *Le modificazioni soggettive del rapporto di lavoro*, Milano, 1972, 304, che ha contestato la configurabilità di un fenomeno successorio dell'impresa sul presupposto che l'attività, in quanto suscettibile di "esercizio", non può essere trasferita; GUERRIERI, *Riflessi del trasferimento di azienda nel rapporto di lavoro*, in *Dir.lav.*, 1970, I, 222, che ha ritenuto essere "successione dell'impresa e trasferimento dell'azienda...fenomeni logicamente distinti...", ma costituire, al tempo stesso, dal punto di vista giuridico, due aspetti inscindibili di uno stesso fenomeno; SANTORO PASSARELLI G., *La nozione di azienda*

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

trasferita tra disciplina comunitaria e nuova disciplina nazionale, in *Arg.dir.lav.*, 2001, 575; Id., *Trasferimento di impresa: un delicato compromesso tra tutela individuale, mercato del lavoro e sviluppo economico*, ivi, 2005, 715, dove ipotizza una differenza tra trasferimento di impresa e di azienda, sul presupposto che il primo non sarebbe riferibile al caso in cui la vicenda circolatoria riguardi un'azienda inerte, costituendo l'elemento fondante della fattispecie l'organizzazione e l'attività; RIVOLTA, *L'affitto e la vendita di azienda nel fallimento*, Milano, 1973, 141, con particolare riferimento alle conseguenze connesse alla diversa ipotesi della retrocessione all'esito del contratto di affitto; ROMELI, *Crisi di impresa e garanzia dei crediti di lavoro*, Milano, 1990, 118, sul medesimo tema degli effetti derivanti dalla retrocessione, intesa quale vicenda circolatoria omologa al trasferimento, LAMBERTUCCI, *Il trasferimento*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1992, I, 164; MAGNO, *La nuova disciplina del trasferimento di azienda*, in *Dir.lav.*, 1991, I, 148, in ordine all'obbligo di comunicazione alle rappresentanze sindacali dell'eventuale accordo preliminare dalle parti raggiunto prima della conclusione della vendita; PROIA, *Sull'intenzione di trasferire l'azienda nella procedura sindacale prevista dall'art.47 della legge n.428 del 1990*, in *Arg.dir.lav.*, 191, per una analisi delle diverse teorie in ordine al momento nel quale deve essere avviata la fase di informazione e consultazione sindacale; LIEBMAN, *Obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda e condotta anti sindacale: gli effetti concreti di una eventuale condanna ex art.28 dello Statuto dei lavoratori*, n *Orient.giur.lav.*, 1996, I, 324; PICCININNO, *La tutela dei lavoratori nel caso di trasferimento di azienda nell'ordinamento italiano*, in *Dir.lav.*, I, 1992, 149; FOGLIA, *Trasferimento di impresa, tutela dei lavoratori ed obblighi comunitari*, in *Dir.lav.*, 1986, II, 426; CARABELLI, *Trasferimento da'azienda: la nuova direttiva europea*, in *Lav.inf.*, 1998, n.21, 8; CIUCCIOVINO, *La nozione di "azienda trasferita" alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza inerna e della giurisprudenza comunitaria*, in *Arg.dir.lav.*, 1998, 825; SCARPELLI, *Trasferimento di azienda ed esternalizzazioni*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 1999, 499; MAGNANI, *Trasferimento di azienda ed esternalizzazioni*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 1999, 489; LEPORE, *Trasferimento di ramo d'azienda e opposizione del lavoratore*, in *Riv.giur.lav.*, 2001, II, 356; CESTER, *Trasferimento di azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav.giur.*, 2001, 512; AMOROSO, *Il trasferimento di azienda nel quadro della giurisprudenza di legittimità*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, in *Foro it.*, II, 2005, 351; MARAZZA, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *Arg.dir.lav.*, 2001; DELLA ROCCA, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Mass.giur.lav.*, 2001, 588; BONOCORE, *Il nuovo testo dell'art.2112 del codice civile e il trasferimento di un ramo di azienda*, in *Giur.comm.*, 2003, II, 313, GRASSO; *La recente giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di trasferimento di ramo di azienda ed esternalizzazione*, in *Arg.dir.lav.*, 2003, I, 587; ANDREONI, *Impresa modulare e trasferimento di azienda: le novità del d.lgs.n.276/2003*, in *Commentario al d.lgs.276/03*, a cura di ALLEVA-GHEZZI, 2004; DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo di azienda e rapporti di fornitura*, in *I processi di esternalizzazione*, a cura di DE LUCA TAMAJO, Napoli, 2002, 35; RUSSO, *Le modifiche all'art.2112 del codice civile in materia di trasferimento di ramo di azienda*, in *AA.VV. , La riforma del mercato del lavoro*, Milano, 2004, 234; ORLANDINI, *Il trasferimento di azienda nell'impresa in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2005, 593; DE LUCA, *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori in casa di*

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

comunitaria n.428 del 1990, di attuazione della direttiva sul trasferimento di azienda, e della successiva n.223 del 1991, conseguenza dell'altra direttiva relativa all'insolvenza, non esistevano, invero, nel nostro ordinamento, disposizioni che avessero la finalità di disciplinare, per quanto possibile, il fenomeno successorio nell'ambito delle procedure concorsuali, dirette, in concreto, al soddisfacimento dei crediti pregressi attraverso la liquidazione dell'attivo e la distribuzione del ricavato, tra i creditori, nel rispetto delle cause di prelazione che, in quanto più direttamente legate ai beni alienati, determinavano la disgregazione del complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'attività di impresa, sul presupposto che la struttura di persone e mezzi non fosse in grado di sopravvivere alla stessa procedura.

La diversa struttura del nuovo diritto delle procedure concorsuali – delineata attraverso il d.l. 14 marzo 2005, n.14, convertito nella legge 12 maggio 2005, n.80 e, quindi, il d.lgs. 9 gennaio 2006, n.5 e, subito dopo, il d.lgs. 12 settembre 2007, n.169 – ha assunto un contenuto ben diverso da quello tradizionale, nel senso che la dottrina più attenta è apparsa sempre più propensa a considerare strumenti alternativi alle procedure classiche, volti alla individuazione di soluzioni in grado di garantire la conservazione dell'impresa e, con questa, il mantenimento dei livelli occupazionali².

trasferimento di azienda: funzione del diritto comunitario della giurisprudenza della Corte di Giustizia nella interpretazione e applicazione della nuova disciplina nazionale – prime considerazioni sull'art.47 della legge comunitaria per il 1990, in Foro it., 1991, IV, 288; LA TERZA, Diritti dei lavoratori e trasferimento d'azienda, in Il diritto del lavoro, a cura di AMOROSO-DI CERBO-MARESCA, Milano, 2007, 875; COSIO, Discipline del trasferimento di azienda, Milano, 1995, con particolare riferimento alla normativa che regola il trasferimento dell'impresa in crisi; Id., Trasferimento delle imprese in crisi, in La nuova disciplina del trasferimento di impresa, a cura di SANTORO PASSARELLI G.-FOGLIA, Milano, 2002, 149; Id., Il trasferimento dell'impresa in crisi, in Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente, a cura di CAIAFA A.-COSIO, Padova, 2005, 13; CAIAFA A, I contratti di lavoro, in AA.VV., I rapporti giuridici pendenti, a cura di FERRO, in Il fallimento, Supplemento fascicolo 11, 1998, 51; Id., L'affitto di azienda ed i rapporti di lavoro, in Dir.fall., 1993, I, 607; Id., I rapporti di lavoro nella riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza, in Scritti in memoria di Salvatore Hernandez, ivi, 2003, 101, Id., I rapporti di lavoro nella crisi di impresa, Padova, 2004, 135; Id., L'impresa in crisi: esigenze di conservazione e normativa comunitaria, in Dir.fall., 1993, I, 218; Id., L'azienda, suoi mutamenti soggettivi nella crisi di impresa, Padova, 1990, 308; Id., Nuove regole per la crisi di impresa: risanamento e conservazione, in Dir.lav., 2001, 62; Id., Vicende circolatorie dell'azienda nelle procedure concorsuali, Padova, 2001, 167; Id., Sorte del rapporto di lavoro nelle procedure di insolvenza, in Diritto Europeo: crisi di impresa e sorte dei rapporti di lavoro, a cura di CAIAFA A.-COSIO, Collana sulla Riforma fallimentare diretta da PANZANI, Milano, 2008, 212.

² D'ALESSANDRO F., *Politica della crisi di impresa: risanamento o liquidazione dell'azienda?*, in *Il fallimento*, 1980, 99; LIBONATI; *Crisi dell'imprenditore e riorganizzazione*

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

L'intento è stato quello, quindi, di contrapporre alla concezione *pubblicistica* delle procedure concorsuali, presente nella legge del 1942, l'altra, tradizionale, *privatistica*, sul presupposto che la normativa non deve tutelare solo le ragioni creditorie, ma è tanto più efficiente qualora ne realizzi gli interessi mediante la previsione di modelli di preservazione dell'impresa.

Il novellato impianto normativo si caratterizza per la predisposizione di nuovi ed interessanti strumenti che, da un lato, denotano una diversità di atteggiamento del Legislatore innanzi al fenomeno della crisi di impresa, con conseguente approntamento dei rimedi per far fronte ad essa, attraverso *processi di conversione*, *accordi di ristrutturazione dei debiti*, *piani di risanamento attestati* e, dall'altro, mediante la riscritturazione dell'istituto dell'esercizio provvisorio ed una nuova regolamentazione dell'affitto endoconcorsuale, nell'intento di attuare la liquidazione in modo da privilegiare la cessione a terzi dei complessi aziendali o dei singoli rami, ovvero di beni o rapporti giuridici in blocco, per assicurare una maggiore soddisfazione dei creditori.

Modificando il precedente indirizzo di neutralità ed indifferenza, il Legislatore ha, dunque, operato scelte tese, chiaramente, ad assicurare il mantenimento dei rilevanti valori dati dall'aggregazione dei fattori produttivi, pur senza, tuttavia, abbandonare l'obiettivo della tutela degli interessi dei creditori concorrenti.

Il dibattito odierno presenta, accanto ad elementi di continuità con le soluzioni del passato, anche rilevanti novità, in ragione del netto rifiuto per l'adozione di scelte riconducibili ad una concezione "*assistenzialistica*", volta a distribuire sulla collettività il costo sociale della crisi, sul presupposto che il superamento di essa non può che coinvolgere esclusivamente l'impresa ed i suoi interlocutori³.

Ebbene, se la conservazione dell'unitarietà aziendale può essere realizzata, in alternativa, attraverso l'esercizio provvisorio o, ancora, mediante l'affitto dell'azienda endoconcorsuale, non par dubbio che il primo, in particolare, presuppone che al momento della dichiarazione di fallimento l'imprenditore sia ancora operativo, o abbia cessato, solo temporaneamente, la produzione, in vista di un *programma di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione* dell'impresa, ed abbia, nel secondo caso, richiesto, attraverso lo strumento della cassa integrazione guadagni straordinario, la sospensione dei rapporti.

La previsione di una continuità imprenditoriale indifferente alla sentenza dichiarativa di fallimento ha determinato una diversa costruzione della istruttoria prefallimentare, volta a consentire l'acquisizione di flussi informativi attraverso il ceto creditorio, lo stesso debitore o, ancora, in forza dei poteri officiosi da parte del tribunale,

dell'impresa, in *Riv.dir.comm.*, 1981, I, 231; CAIAFA A., *Vicende circolatorie dell'azienda nelle procedure concorsuali*, Padova, 2001, 165.

³ D'ALESSANDRO F., *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 53.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

seppur compatibilmente con le ragioni di urgenza che presiedono alla dinamica temporale di tale fase che, in presenza di particolari condizioni, possono giustificare l'adozione di quei *provvedimenti cautelari o conservativi* per una più attenta valutazione del danno grave insito nella interruzione dell'esercizio dell'attività di impresa, nei limiti in cui l'autorizzazione non arrechi pregiudizio ai creditori, quante volte un siffatto percorso risulti indispensabile in funzione del risultato di una prossima liquidazione, senza, tuttavia, trascurare le esigenze di tutela dei terzi eventualmente incisi dai provvedimenti cautelari menzionati.

2. La funzione della tutela cautelare

La relazione illustrativa al d.lgs.n.5 del 2006 sottolinea la confluenza nella crisi di interessi non solo economici, ma anche "*sociali più ampi*" e, per l'effetto, precisa che le nuove regole non potevano trascurare la "*...via del risanamento e del superamento della crisi aziendale*", secondo una tendenza, ormai recepita dalla legislazione dei Paesi europei, "*...volta a considerare le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori-sanzionatori, ma piuttosto come destinate ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività, ed in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale*" che, pertanto, la riforma ha ipotizzato di poter realizzare attraverso il trasferimento a terzi delle strutture aziendali.

L'assunta decisione di consentire al tribunale, su istanza di parte, di emettere *provvedimenti cautelari o conservativi*, a tutela del patrimonio dell'impresa (art.15, penultimo comma, l.f.), non può che essere vista in ragione del possibile contenuto dei medesimi in stretta connessione con la diversa regolamentazione operata dall'art.104 l.f. dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito.

E difatti, mentre l'esercizio provvisorio, nella legge fallimentare del 1942, poteva essere disposto dal tribunale dopo l'avvenuta apertura della procedura concorsuale, allorché dall'interruzione improvvisa poteva derivare un danno grave ed irreparabile o, ancora, successivamente alla pronuncia del decreto di esecutività dello stato passivo, di cui all'art.97 l.f., condizionatamente all'espressione di un parere favorevole da parte del comitato dei creditori, al contrario, l'art.104 l.f. vigente permette, ora, al tribunale, con la stessa sentenza dichiarativa di fallimento, di disporre l'esercizio provvisorio, anche limitatamente a singoli rami dell'azienda, qualora dall'interruzione possa derivare "*...un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori*".

L'autorizzazione alla continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, su proposta del curatore e con il parere favorevole del comitato dei creditori – ancora una volta anche limitatamente a singoli rami – è, poi, rimessa al giudice delegato, una volta aperto il concorso, qualora l'esigenza venga avvertita successivamente e non sia stato, ovviamente, disposto l'esercizio provvisorio con la sentenza dichiarativa di fallimento.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

Fra le due ipotesi vi è una differenza sostanziale, dal momento che la *continuazione* è necessariamente temporanea, in ragione del fatto che ne deve essere fissata la “*durata*”, laddove l'*esercizio provvisorio* determina la prosecuzione dei rapporti, senza soluzione di continuità, pur se la gestione da parte del curatore non dà luogo ad una vicenda traslativa dell'imprenditore fallito al primo, che vi si sostituisce, esclusivamente, nell'amministrazione del patrimonio, la cui titolarità rimane al fallito.

Ed allora, pur non volendo riconoscere ai provvedimenti conservativi o cautelari la esclusiva funzione di operare un *traghetamento* dell'impresa, perché possa passare da una fase produttiva all'altra liquidatoria, e conservare, *medio tempore*, i valori di funzionamento per la sua possibile cessione a terzi⁴, è tuttavia evidente che la previsione di essi può trovare una sua logica giustificazione nella dilatazione dei tempi dell'istruttoria prefallimentare, per essere stati questi pensati dal Legislatore in considerazione della necessità che vengano inibiti comportamenti destinati a tradursi in un danno per il ceto creditorio, quante volte al termine dell'espletata istruttoria sia ritenuto sussistente il presupposto oggettivo e, quindi, dichiarato il fallimento dell'imprenditore.

Il Legislatore, muovendo dalla considerazione - espressa nella relazione accompagnatoria del d.lgs.n.5/2006 – che nel modello *c.d. camerale*, in quanto “*contenitore neutro*”, potessero trovare spazio sia i provvedimenti di volontaria giurisdizione, che di natura contenziosa, ha ritenuto di poter perseguire, attraverso questo, gli obiettivi voluti della concentrazione, immediatezza e speditezza del procedimento ed ha, conseguentemente, regolamentato la fase dell'istruttoria salvaguardando i principi del contraddittorio tra le parti, e consentendo, al tempo stesso, al tribunale di poter disporre gli accertamenti necessari al fine di valutare la sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento.

L'art.2 del d.lgs. 12 settembre 2007, n.169, ha riformulato l'art.15 che, in particolare, al quarto comma, nel ribadire essere il procedimento volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento, ha previsto la possibilità per il tribunale di disporre il deposito, da parte dell'imprenditore, dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, nonché una situazione patrimoniale, economica e finanziaria, aggiornata e, ancora, di richiedere eventuali informazioni urgenti, per la verifica dei presupposti individuati, partitamente, dagli artt. 1 e 5 per l'apertura della procedura concorsuale⁵.

⁴ CAIAFA A., *L'istruttoria prefallimentare: provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, in *Dir.fall.*, 2008, I, 180.

⁵ Cass., 15 maggio 2009, n.11309, in *Il fallimento*, 2009, 785, ha ritenuto onerato della prova dell'inammissibilità del fallimento il debitore e, al contrario, della dimostrazione della qualità di imprenditore commerciale l'istante, precisando, peraltro, che la mancata produzione dei bilanci, seppur può risolversi in danno del debitore, essendo egli tenuto a dimostrare in negativo il possesso congiunto dei tre requisiti di cui all'art.1, secondo comma, l.f., per evitare il

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

Ed allora, come testualmente stabilito dalla norma, le misure cautelari o conservative⁶ possono essere concesse dal tribunale su istanza di parte e richiedono la contestuale presenza e correlata dimostrazione del “*fumus boni iuris*” - da intendersi come probabile sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi previsti per la dichiarazione di fallimento, a norma degli artt.1 e 5 l.f. - e del “*periculum in mora*” e, dunque, del rischio che, nelle more del procedimento prefallimentare, possa essere lesa la capacità produttiva e debba, quindi, essere tutelata, attraverso l’adottato provvedimento, l’impresa, oppure l’integrità del patrimonio aziendale, al fine di evitare che il debitore possa concludere atti di distrazione dell’attivo o assumere nuovi debiti e, per l’effetto, in caso di successivo fallimento, possa essere impedita o resa più difficile, incerta o lunga la liquidazione concorsuale per rimuovere gli effetti degli atti da questi conclusi in danno dei creditori.

Si tratta di una analisi e verifica che il tribunale è chiamato a svolgere nell’ambito del procedimento nel quale la richiesta del provvedimento conservativo o cautelare viene formulata, e che deve essere considerata in funzione dell’obiettivo che si intende perseguire, che potrà consistere nell’evitare il compimento di atti di disposizione, nel sequestro conservativo dei beni del debitore, nella sostituzione di questi con un amministratore giudiziario o, anche, nella nomina di un custode cui rimettere ogni decisione di ordinaria amministrazione, con la ulteriore previsione che quelle di contenuto straordinario debbano essere sottoposte alla preventiva approvazione del giudice (il collegio) della cautela⁷.

fallimento, non esclude, tuttavia, la possibilità che il giudice pervenga ad uno scrutinio negativo quante volte risultino acquisiti agli atti elementi di convincimento diversi; Corte Cost., 1 luglio 2009, n.198, in *Foro it.*, 2009, I, 2477, con nota di FABIANI M., *Onere della prova e struttura del processo per fallimento*, che ha ritenuto inammissibile la questione di costituzionalità proposta dell’art.1 l.f. nella parte in cui prevede, a carico del debitore, l’onere di dimostrare l’inesistenza dei presupposti dimensionali.

⁶ La relazione illustrativa al d.lgs. n.5 del 2006 impiega la particella congiuntiva “e” e non la disgiuntiva “o”, lasciando, quindi, supporre che, invero, i provvedimenti da adottare avrebbero dovuto avere carattere conservativo e cautelare e che, in pratica, il Legislatore non aveva inteso riconoscere ai secondi una funzione anticipatoria, soprattutto laddove si consideri che, in ragione della natura costitutiva della sentenza dichiarativa di fallimento, non sarebbe possibile anticiparne gli effetti in coincidenza della data di adozione del provvedimento; DE MATTEIS, *Sub art.15*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2008, 121; SANTANGELI, *Il nuovo fallimento*, Milano, 2005, 78, nota 17, ove ricorda il diverso contenuto dell’art.45, nel testo redatto dalla Commissione istituita dal Ministero della Giustizia, con d.m.14 febbraio 2004, che aveva previsto la possibilità per il tribunale di emettere i provvedimenti cautelari volti alla gestione ed alla conservazione del patrimonio, nonché “...*quelli idonei ad assicurare gli effetti della decisione*”, con contenuto, dunque, anticipatorio.

⁷ Tribunale Udine, ord., 11 luglio 2008, in *Il fallimento*, 2009, 81, con nota di DE SANTIS F.,

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

La stessa scelta operata, in alternativa, in ragione della disgiuntiva “o”, tra provvedimenti cautelari e conservativi, è apparsa discutibile, dal momento che i secondi rientrano nell’ambito dei primi, atteso che non danno luogo ad un diverso *genere*, ma costituiscono, al contrario, una *specie* del medesimo, sì da lasciar ritenere che, invero, con l’espressione “*cautelari*” non si sia inteso prendere in considerazione provvedimenti aventi natura anticipatoria, quanto, piuttosto, il Legislatore abbia voluto riconoscere la possibilità per il tribunale di adottare provvedimenti a *contenuto inibitorio*, modulandoli diversamente a seconda delle esigenze, per assicurare una gestione conservativa dei beni ed immune da azioni dannose ed in grado di aggravare il dissesto.

Se così è, e deve essere, quindi, salvaguardato il rischio che, durante il tempo necessario allo svolgimento della fase istruttoria, il debitore resistente possa porre in essere atti di disposizione in danno dei creditori, di modo che al termine di essa il patrimonio risulti intaccato, è allora evidente che un siffatto timore deve fondarsi su dati oggettivi, e cioè su una situazione di reale pericolo, nel senso che il convincimento del richiedente deve trarre origine da elementi concreti che possano giustificare l’adozione della misura conservativa o cautelare richiesta, senza necessità per questi di indicarne anche il relativo contenuto, in ragione della possibilità per il tribunale, cui viene richiesta la misura, di *modulare* la stessa secondo le esigenze del caso, sul presupposto che la istanza cautelare, al pari di ogni domanda giudiziale, può essere interpretata dal giudice avendo riguardo ai fatti allegati ed alle richieste correlate, a prescindere dalla qualificazione prospettata dal richiedente in ordine alla natura conservativa o cautelare della istanza medesima, pur se nei limiti delle circostanze prospettate ed alla condizione che in esse siano ravvisabili gli estremi previsti per l’emissione di provvedimenti

Istruttoria prefallimentare e misure cautelari, che nel procedimento per la dichiarazione di fallimento in estensione del socio di fatto di una società in nome collettivo, su istanza del curatore, ha adottato la misura cautelare del sequestro conservativo dei beni mobili ed immobili del socio, nonché nominato un amministratore giudiziario con poteri di controllo sulle società a responsabilità limitata, costituite dal socio nell’imminenza del fallimento della società di persone; Tribunale Monza, ord., 11 febbraio 2009, ivi, 855, con nota di FERRO M., *La revoca dell’amministratore nell’istruttoria prefallimentare: prove generali di anticipazione dell’efficacia del fallimento successivo*, che investito di apposita istanza dal P.M., ha modulato la misura richiesta adattandola nel contenuto alle esigenze di protezione del patrimonio e dell’azienda del debitore; Tribunale Verona, ord., 21 luglio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2026, con nota di FABIANI M., ove viene sottolineato essere la disposizione condivisa anche da altri ordinamenti, che consentono la nomina di un curatore provvisorio, con il compito di adottare misure conservative sul patrimonio del debitore, al fine di continuare l’esercizio dell’impresa e valutare la stessa opportunità di dichiarare aperto il procedimento di insolvenza (§ 21 e 22 della Insolvenz Ordnung tedesca; art.727 n.2 della legge sul concorso spagnola).

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

specificamente determinati dalla norma⁸.

Se indiscutibile è lo scopo che il Legislatore voleva perseguire, e laddove sia possibile, quindi, con assoluta certezza, individuare esso nell'intento di ridurre eventuali rischi derivanti dal mantenimento dei poteri di gestione, da parte dell'imprenditore, del patrimonio, con il fine, pertanto, di evitare che questi possa compiere atti di disposizione o, comunque, diretti ad alterare la *par condicio creditorum*, per poi essere, successivamente, impugnati dal curatore, allo scopo di scongiurare il prodursi di effetti pregiudizievoli nei confronti dei creditori concorrenti, v'è da chiedersi se la atipicità del provvedimento e la possibile libera *modulazione* del suo contenuto, da parte del tribunale, indipendentemente, dunque, dalla richiesta specificamente formulata, possa giungere sino al punto di emettere provvedimenti di contenuto variegato e che si traducano, non già, in una limitazione del potere dell'imprenditore, quanto, piuttosto, in una sostituzione di questi nella gestione dell'impresa, di cui conserva indiscutibilmente la titolarità, sino al punto di farsi promotore l'*amministratore giudiziario* di iniziative volte alla individuazione di una soluzione concordata della crisi, ritenuta reversibile, e di proposizione un concordato preventivo.

L'accostamento al procedimento disciplinato dall'art.2409 cod.civ. e, in particolare, ai poteri riconosciuti all'amministratore giudiziario, per quel che concerne la possibilità per questi di proporre alla scadenza del mandato, se del caso, "*...la messa in liquidazione della società con la sua ammissione ad una procedura concorsuale...*" (art.2409, penultimo comma, cod.civ.), potrebbe indurre a ritenere possibile l'adozione di un provvedimento cautelare che consenta la proposizione di soluzioni alternative nell'interesse dell'impresa e dei creditori attraverso un meccanismo che possa consentire ai secondi di valutarne il contenuto.

V'è da chiedersi, ancora, se possa riconoscersi ad un terzo, chiamato a gestire provvisoriamente l'impresa, durante la fase dell'istruttoria fallimentare, il contrario potere di incidere sulla sfera di libertà dell'imprenditore, quante volte questi abbia assunto la decisione di cessare l'attività ed avviare il procedimento di liquidazione, sul presupposto che, invece, sia possibile la prosecuzione senza compromissione degli interessi dei creditori concorrenti, per essere, ad avviso dello stesso, attuabile il loro

⁸ Tribunale Monza, ord., 11 febbraio 2009, cit., che ha ritenuto di poter "*modulare*" il provvedimento interinale in ragione delle esigenze ritenute sussistenti dal tribunale, sì da poter variare, nell'adozione dello stesso, "*...dal mero sequestro conservativo dei beni del debitore o dell'azienda, a provvedimenti nettamente più incisivi e meno invasivi nei confronti della vita imprenditoriale, come la sostituzione dell'imprenditore con un amministratore di tipo giudiziale, o l'affiancamento dell'imprenditore con un custode, cui ogni decisione di straordinaria amministrazione debba essere sottoposta per l'approvazione...con evidente affinità concettuale con il procedimento ex art.2409 c.c. la cui natura cautelare è indiscussa, così come la sua provvisorietà e la non reclamabilità ex art.111 della costituzione*".

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

soddisfacimento integrale negando lo stato di insolvenza.

Si tratta, all'evidenza, di scelte che vanno attentamente valutate, in sede giurisdizionale, e che non possono comportare alcuna compromissione dell'agire altrui, dal momento che la decisione di sciogliere e conseguentemente liquidare l'ente societario o, comunque, cessare l'attività, ha un contenuto di per sé giuridicamente neutro, tant'è che una volta assunta, acquista una connotazione oggettiva svincolata dalla volontà delle persone fisiche che hanno concorso a formarla, con la conseguenza che un sindacato giurisdizionale su di essa sarebbe ammissibile nei limiti in cui fosse possibile dimostrare essere in contrasto la adottata decisione con l'utilità sociale garantita dall'art. 41, secondo comma, della Carta Costituzionale, che, però, non si riassume nel rischio della risoluzione dei rapporti e, quindi, nella circostanza di incidere la scelta sull'interesse al mantenimento dei livelli occupazionali.

In una economia libera di mercato, difatti, le ragioni che influiscono sulle decisioni e sulle scelte dell'imprenditore non possono essere incise, e sebbene la garanzia del mantenimento del posto di lavoro costituisce una costante e viva preoccupazione dell'ordinamento, non può individuarsi – se non errando nella relativa interpretazione – nel precetto costituzionale richiamato (art.41, secondo comma) un limite all'esercizio dell'attività imprenditoriale, nel senso di ritenere l'imprenditore, in effetti, libero per quel che attiene all'inizio e non già alla decisione di porre fine alla stessa⁹.

Il carattere *atipico* che consegue dalla operata definizione delle misure previste lascia, quindi, propendere nel senso della possibilità per il tribunale di emettere provvedimenti di contenuto variegato, purchè in grado di assicurare l'obiettivo voluto, e che non possono, tuttavia, tradursi in una compressione dei diritti del debitore resistente e, pertanto, necessariamente ancorati ad una attenta e rigorosa valutazione del *fumus boni iuris*, in particolare per quel che concerne il presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento, ed il *periculum in mora*, anche in ragione della ricaduta, in termini negativi, che quelle misure possono determinare sulla vita dell'impresa qualora il ricorso fosse, poi, respinto.

Non possono, pertanto, essere condivise ipotesi di *gestione conservativa eterodiretta* dell'impresa, con la previsione di un intervento del tribunale per la risoluzione delle questioni straordinarie, in attesa dell'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio volta ad accertare la sussistenza dello stato di insolvenza e le capacità per l'impresa di remunerare il capitale investito e di adempiere regolarmente alle obbligazioni pregresse¹⁰.

⁹ CAIAFA A., *Società, scioglimento e liquidazione*, Padova, 1987, 157.

¹⁰ In tal senso, Tribunale Monza, 4 febbraio 2009, in www.ilcaso.it, che ha chiesto all'esperto di operare una ricostruzione della situazione patrimoniale aggiornata e, in particolare, di “...determinare la capacità o meno dell'attività caratteristica di remunerare il capitale

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

La sancita possibile atipicità dei provvedimenti conservativi o cautelari consente un accostamento all'art.2486, primo comma, cod.civ., ove vengono delineati i poteri degli amministratori al verificarsi di una causa di scioglimento, sino al momento della prevista consegna, di cui all'art.2487 *bis*, terzo comma, cod.civ. ai liquidatori nominati.

E difatti, mentre vigente l'art.2449, primo comma, cod.civ. la legge vietava, *tout court*, agli amministratori il compimento di “nuove operazioni”, dopo che fosse intervenuto lo scioglimento, con la riforma del diritto societario è stato previsto e riconosciuto, espressamente, agli amministratori il potere di continuare la gestione dell'ente societario, seppure ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, con conseguente possibilità, quindi, di compiere anche nuove operazioni, quando queste risultino necessarie per mantenere in efficienza l'azienda.

La gestione sostitutiva, dunque, dovrebbe consentire all'amministratore giudiziario od al custode nominato per il compimento di singoli atti di poter proseguire anche nella stessa gestione, seppur in una prospettiva propedeutica alla liquidazione, ed alla condizione che essa sia positiva¹¹.

Una siffatta soluzione induce, però, a ritenere possibile una tale scelta quando il tribunale, convinto della sussistenza dei presupposti, intenda dichiarare il fallimento e disporre, con la sentenza, l'esercizio provvisorio.

3. Tipologia dei provvedimenti

Una volta chiarita la funzione ed operato un inquadramento sistematico dei provvedimenti¹² previsti all'art.15, ottavo comma, l.f., può procedersi nel tentativo di

investito...”; Tribunale Monza, 11 febbraio 2009, cit., che nel riconoscere i poteri di gestione ed ordinaria amministrazione all'amministratore giudiziario nominato “...in un'ottica di gestione conservativa...”, ha previsto l'obbligo per questi di “...collaborare strettamente con il c.t.u. nominato per fornire ogni dato utile alla evasione del quesito”, così, in pratica, rimettendo al c.t.u. l'accertamento di uno dei presupposti del fallimento: l'insolvenza.

¹¹ La possibilità di adottare provvedimenti creativi è sostenuta da PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 152; INZITARI, *Sostituzione cautelare dell'amministratore per l'istruttoria fallimentare ex art.15, penultimo comma, l.f.*, in www.ilcaso.it, Sezione II, doc.146/09 del 21 marzo 2009.

¹² Certamente i provvedimenti richiamati all'art.15, ottavo comma, della legge fallimentare, risultano essere estranei alla tutela sommaria non cautelare, che tende alla formazione anticipata di un titolo esecutivo provvisorio attraverso un rito semplificato, caratteristica che identifica tutte le tutele sommarie non cautelari: in tal senso, ARIETA, *Trattato di diritto processuale e civili*, III, 1, *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, Padova, 2005, 8; Id., *Il rito “semplificato” di cognizione*, in *Strumentario Avvocati*, 2009, 32, ove opera un commento esaustivo del nuovo procedimento sommario di cognizione, di cui all'art.702 *bis* - inserito dall'art.51, comma primo, della legge 18 giugno 2009, n.69, a decorrere dal 4 luglio 2009 – per quel che attiene alla natura ed alla collocazione sistematica del nuovo istituto, ed

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

attuare una classificazione degli stessi, individuandone tipologia e contenuto.

Sotto il profilo classificatorio, essi vanno certamente inquadrati tra le misure “*extravaganti*”, atteso che risultano regolamentati in una legge speciale, diversa dal codice processuale civile, seppur, tuttavia, devono ritenersi sottoposti, compatibilmente, dall’art.669 *quaterdecies* cod.proc.civ., alle norme sul *procedimento cautelare uniforme*¹³.

Indiscussa è la distinzione delle misure conservative o cautelari dalle altre previste dal codice di rito e, in particolare, il sequestro conservativo, il sequestro giudiziario ed i provvedimenti, in via d’urgenza, regolati dall’art.700 cod.proc.civ.

E d'altronde l’ultima delle disposizioni richiamate prevede la possibilità, per la parte che ne abbia interesse, laddove vi sia “...*fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria...*” esso sia minacciato da un “...*pregiudizio imminente ed irreparabile...*”, di richiedere dei provvedimenti d’urgenza che, in ragione delle circostanze, siano in grado di assicurare, in via provvisoria, gli effetti della decisione sul merito.

Ebbene, tali provvedimenti, seppur possono avere un contenuto atipico e costituiscono una specie della categoria dei provvedimenti cautelari, non sono, tuttavia, espressione di un generale potere volto a garantire, in via anticipata, l’esercizio della giurisdizione, attesi i limiti derivanti, da un lato, dalla funzione residuale che ha la norma, sicchè non è possibile invocarli laddove venga dedotto in giudizio uno dei rapporti sostanziali tutelati con altre forme di cautela e, dall’altro, per la necessità che il diritto dedotto debba essere fatto valere in un processo ordinario di cognizione.

Si tratta di una condizione di ammissibilità che, pertanto, esclude l’applicabilità della norma all’interno dei procedimenti speciali, di quelli in Camera di Consiglio, o degli altri previsti nella esecuzione forzata.

Palese appare essere, quindi, la differenza tra i provvedimenti individuati

individuato l’ambito di applicazione della norma, analizza i diversi momenti e, in particolare, le singole attività delle parti ad esse interessate: il ricorrente, il convenuto e il giudice, in ordine alla esigenza delle verifiche preliminari che questi è tenuto a compiere al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per l’accesso al procedimento semplificato e le successive valutazioni inerenti l’istruttoria, anch’essa semplificata o regolamentata dall’art.183 cod.proc.civ.; sul tema si vedano anche i contributi di MENCHINI, *L’ultima “idea” del Legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corriere Giur.*, 2009, 8, 1034; RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n.69*, Torino, 2009, 104, che ritiene avere esso natura ibrida, nel senso che si colloca tra il processo del lavoro e quello cautelare.

¹³ ARIETA, in MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, III, Padova, 2005, 728; DE SANTIS, *Sub art.15*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da JORIO, coordinato da FABIANI M., Torino, 2006, tomo I, 328; DE MATTEIS, *Sub art.15*, in *Codice commentato dal fallimento*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2008, 121.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

dall'art.15, ottavo comma, l.f. e quelli suscettibili di essere adottati nell'ambito di un ricorso regolato dall'art.700 cod.proc.civ., essendo i primi diretti a preservare il creditore istante da eventuali azioni od omissioni che il debitore resistente potrebbe porre in essere con il suo comportamento, e che potrebbero incidere sulla stessa conservazione dei valori di funzionamento dell'azienda, o di singoli rami, o sulla stessa integrità del patrimonio.

Sempre sotto il profilo del contenuto, è improbabile che il richiedente possa domandare al tribunale di disporre il *sequestro conservativo* dei beni del debitore, dovendosi immaginare che il ricorso a tali misure, poste a garanzia del credito, siano state richieste in precedenza, quando, pertanto, il pericolo non era l'insolvenza.

La cautela regolata dall'art.671 cod.proc.civ. consente, difatti, al creditore che abbia il fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, di chiedere al giudice l'autorizzazione a sottoporre i beni, mobili o immobili, del debitore, o le somme e cose a questi dovute, “...nei limiti in cui la legge ne permette il pignoramento”, alla condizione che offra la dimostrazione dell'esistenza di un fondato pericolo di perdere la garanzia del proprio credito, che va valutato obiettivamente, e non già secondo lo stato d'animo del creditore, dovendo esso corrispondere ad una situazione di pericolo reale, tale da concretizzare la possibilità che il patrimonio del debitore venga sottratto o diminuito e non possa, quindi, più consentire la soddisfazione, in futuro, del credito, una volta accertato, in ragione della funzione di garanzia assegnata dall'art.2740 cod.civ.

Le tutele cautelari costituiscono, difatti, in genere strumento indispensabile, e talvolta unico, per la salvaguardia ed integrità di diritti non ancora accertati, ma la cui esistenza è dal giudice della cautela ritenuta probabile, al fine di consentire, cioè, che la tutela in via ordinaria non sia, in tutto o in parte, vanificata, da lesioni ovvero pericoli di lesione che possono arrecare danno, più o meno grave, al diritto soggettivo sottoposto a cautela.

Ne discende che ciò che rileva, anche a livello costituzionale, è il riconoscimento della possibile insufficienza delle “normali” garanzie che assistono il diritto di agire in via ordinaria e la conseguente necessità di apprestare e garantire ulteriori e diverse forme di tutela capaci non già di far conseguire all'istante tutto quanto egli ha diritto di ottenere, bensì di consentire che la tutela giurisdizionale ordinaria, una volta attuata, non si riveli inutile.

La stessa¹⁴, Corte Costituzionale ha fortemente sottolineato il valore della tutela cautelare, in genere, in funzione di garanzia della effettività della successiva realizzazione giurisdizionale del diritto, osservando che il potere che la parti hanno di invocare – *ante causam* o nel corso di svolgimento del giudizio di merito – provvedimenti di cautela tipica od atipica, costituisce espressione del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno di colui che agisca e le cui ragioni

¹⁴ Sentenza del 23 giugno 1994, n.253.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

vencono poi riconosciute.

Anticipando gli effetti del pignoramento, d'altronde, la misura cautelare non anticipa la decisione di merito, quanto, piuttosto, tende a garantire il risultato finale all'esito della tutela richiesta, tant'è che la parte richiedente è tenuta a dimostrare, ed il giudice a verificare, la probabile esistenza e titolarità del diritto sottoposto a cautela tipica, che deve avere ad oggetto, peraltro, un credito che non necessariamente deve essere liquido od esigibile e che può, addirittura, essere sottoposto a condizione ovvero a termine.

La cognizione del *fumus boni iuris* non a caso è circoscritta all'accertamento deliberativo del diritto, fondato sulla ritenuta probabilità della sua esistenza, senza pregiudizio del relativo esame del merito¹⁵.

Per quel che concerne, poi, il *periculum in mora*, non si richiede una situazione attuale di depauperamento del patrimonio del debitore, per iniziative di buona o mala fede, tant'è che esso può essere integrato dalla possibilità puramente potenziale di una sua diminuzione, oltrechè dallo stesso atteggiamento del debitore, nonché dalla composizione del suo patrimonio che, per la relativa consistenza, quantitativa o qualitativa – intesa anche in rapporto di proporzione con l'ammontare del credito tutelabile ed in funzione dell'attività economica in cui si innesti – rende necessaria, di per sé stessa, la misura cautelare che lo preservi da prevedibili e possibili modifiche *in peius*, contingenti e permanenti¹⁶.

La misura cautelare tipica, per le ragioni sin qui esposte, non può non essere sostanzialmente diversa, per contenuto e finalità, dal provvedimento che il tribunale, su richiesta delle parti interessate, può emettere ai sensi dell'art.15, ottavo comma, l.f..

A dire il vero, la necessità di offrire un chiarimento, in termini distintivi, tra le due misure, previste dalla richiamata disposizione, sorge in ragione della circostanza di avere essa ipotizzato la concessione *disgiuntiva* delle misure e, pertanto, *alternativa*, e dunque non già *congiuntiva*, così come stabilito nella relazione accompagnatoria al d.lgs.9 gennaio 2006, n.5.

E difatti, alcuna incertezza interpretativa si avrebbe sul contenuto del

¹⁵ Cass., 3 febbraio 2006, n.927, che ha ritenuto di poter identificare il *fumus boni iuris* in “una situazione che consenta di ritenere probabile la fondatezza della pretesa in contestazione”.

¹⁶ Cass., 29 ottobre 2001, n.13400 che ha ritenuto, al fine di valutare il detto rapporto di proporzione tra patrimonio del debitore e presunto ammontare del credito da tutelare, non essere sufficiente la sussistenza dell'idoneità del patrimonio del debitore a garantire il credito al momento in cui la misura cautelare è richiesta, essendo indispensabile, invece, che tale garanzia permanga fino al momento in cui potrebbero realizzarsi le condizioni per il soddisfacimento coattivo del credito medesimo; ARIETA – MONTESANO, *Le tutele sommarie il rito cautelare uniforme i procedimenti possessori*, Padova, 2005, 426, che ha ritenuto non essere escluso il *periculum in mora*, sulla base del solo rilievo che il diritto di credito sottoposto a cautela sia assistito, se del caso, da garanzie o privilegi.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

provvedimento, laddove esso dovesse avere, al tempo stesso, natura cautelare e conservativa, sì da essere, in tal caso, giustificato il duplice riferimento in ragione dell'oggetto della tutela: il patrimonio e l'impresa.

Dovrebbe ancora, peraltro, considerarsi che non avrebbe senso la concessione di un sequestro conservativo a favore di chi sia già munito di un titolo esecutivo, sicché dovrebbe ritenersi che il Legislatore, nel far riferimento ad una misura conservativa, abbia inteso assicurare un rimedio non diverso da quello previsto e regolato dall'art.671 cod.proc.civ., in favore di quei creditori che non abbiano un titolo, o dell'Ufficio del Pubblico Ministero, che agisce nei limiti ed in presenza delle condizioni, dunque, diverse, di cui agli artt. 6 e 7 della legge fallimentare.

Ma non sembra che tale soluzione possa essere condivisa, dal momento che seppur la fase della preistruttoria fallimentare si è dilatata, in conseguenza della procedimentalizzazione di essa, i tempi non sono né possono essere mai così lunghi da giustificare l'adozione di una misura di contenuto identico ad altra già prevista dal codice di rito.

Altro tipico provvedimento a tutela dell'impresa è il *sequestro giudiziario*, misura, questa, regolata dall'art.670 cod.proc.civ., che consente al giudice di disporre la cautela su beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni "...quando ne è controversa la proprietà o il possesso...", ed è, quindi, opportuno provvedere alla custodia o alla gestione temporanea.

Per quel attiene i beni, è richiesto che vi sia una particolare correlazione tra l'oggetto del sequestro e quello della pretesa che si intende dedurre nel giudizio di merito, sicché la valutazione dell'esistenza del *fumus boni iuris* non può che riguardare la proprietà o il possesso di cui, certamente, non può dubitarsi, atteso che la titolarità piena dei beni, dell'azienda, o di singoli rami di essa, appartiene, in via esclusiva, al debitore resistente che, peraltro, la conserva anche dopo la dichiarazione di fallimento.

E, naturalmente, il risultato non cambia qualora si consideri che la legittimazione in ordine alla richiesta della misura cautelare, regolata dall'art.670 cod.proc.civ., è riconosciuta sia al titolare di uno *ius in re*, che a colui che intenda far valere un'azione contrattuale (*ius ad rem*), non essendo, ancora una volta, in discussione il primo, in ragione della titolarità esclusiva dei beni del debitore resistente, ed essendo, di contro, impensabile che il ricorrente possa richiedere la cautela al giudice del concorso, per avere egli esperito un'azione di rivendica, manutenzione, reintegrazione o, anche, contrattuale, avendo il concreto timore, in conseguenza dello stato di insolvenza del resistente, di vedere compromesso o pregiudicato il suo diritto.

In altre parole, le eventuali azioni di annullamento, nullità, risoluzione, accertamento della simulazione o revocatoria ordinaria, se già proposte, non necessitano di una pronuncia cautelare, dal momento che alcun *periculum* può realizzarsi durante la fase della preistruttoria fallimentare e, al contrario, ove sollecitate per la loro proposizione, da parte del curatore, saranno valutate dal tribunale ai fini della ricorrenza

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

del presupposto dell'insolvenza, sicchè il sequestro giudiziario sul bene oggetto dell'azione non può rientrare tra i provvedimenti cautelari o conservativi previsti dalla norma (art.15, ottavo comma, l.f.).

Lo stesso inquadramento tra le *misure extra vagantes* dei provvedimenti richiamati dall'art.15, ottavo comma, l.f., in quanto regolamentati da una legge speciale diversa dal codice di rito, non permette di considerare sovrapponibili questi a quelli già esistenti, per così dire tipici, ma al tempo stesso non può indurre a ritenere possibile la adozione di misure talmente atipiche da risultare, invero, poi, “*stravaganti*”, non già nel senso di una collocazione delle stesse al di fuori di limiti prefissi, o consueti, ma per essere strane e bizzarre.

Conclusivamente, la indiscussa atipicità dei provvedimenti che possono essere adottati, sia cautelari che conservativi, lascia supporre che non sia possibile per il tribunale emettere un *sequestro conservativo* o *giudiziario*, attesa la impossibilità di potersi reputare sussistente l'esigenza del ricorrente di ottenere una misura che lo garantisca nei confronti del debitore resistente, anche in considerazione degli effetti che l'apertura della procedura concorsuale determina sulle misure cautelari medesime, mirando queste a conseguire un risultato consistente nella imposizione di un vincolo sui beni del debitore, che non ha ragione di permanere una volta realizzatosi lo spossessamento susseguente al fallimento¹⁷.

Né vale obiettare che, d'altronde, il provvedimento adottato sarebbe destinato ad essere revocato o confermato dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocato con il decreto che rigetta l'istanza, dal momento che nell'ipotesi in cui a seguito dell'istruttoria il tribunale accolga l'istanza, il *sequestro conservativo* diverrebbe improcedibile, trattandosi di misura cautelare indirizzata all'espropriazione, poiché preordinata alla conversione in pignoramento, relativamente alla quale opera, in via generale, la previsione di cui all'art.51 l.f., che espressamente stabilisce che nessuna azione esecutiva o cautelare può essere proseguita sui beni compresi nel fallimento.

Già in precedenza, peraltro, lo stesso principio era stato affermato in giurisprudenza ed in dottrina sul presupposto che la norma intendeva vietare, non solo, le azioni espropriative vere e proprie, ma anche quelle cautelari, che hanno carattere strumentale rispetto al processo esecutivo¹⁸.

Non diversa la soluzione, ovviamente, per il *sequestro giudiziario*, dal momento

¹⁷ BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economica*, Padova, 1986, 350; TARZIA GIO', *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, 528; BELVISO, *Sequestro e fallimento*, Milano, 1978, 8; CAIAFA A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008, 297.

¹⁸ Cass., 18 gennaio 1995, n.520, in *Il fallimento*, 1995, 837; Cass., 21 luglio 1994, n.6809, ivi, 1995, 259; Cass., 12 marzo 1990, n.2004, ivi, 1990, 709; Cass., 27 febbraio 1989, n.1050, in *Giur.it.*, 1989, I, 1136; in dottrina, BELVISO, *Sequestro conservativo e procedure concorsuali*, in *Riv.dir.proc.*, 1991, 101; CAIAFA. A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, cit. 298.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

che al terzo sarebbe assicurata idonea tutela attraverso lo speciale provvedimento previsto dall'art.103 l.f., che regola le domande di rivendica o restituzione, sicchè esso, indipendentemente dalla revoca, verrebbe meno, una volta dichiarato il fallimento, essendo destinati i beni ad essere amministrati, in via esclusiva, dal curatore per il soddisfacimento dei creditori, nel rispetto dei diritti di coloro che, legittimamente, possono concorrere alla ripartizione dell'attivo.

Ed allora, la previsione della relativa conferma con la sentenza che dichiara il fallimento, appare essere, con riguardo ai provvedimenti tipici richiamati (*sequestro giudiziario, conservativo*), o atipici, ultronea, non trovando alcuna logica coerente giustificazione in ragione degli effetti derivanti, *ex lege*, dall'art.51 l.f.¹⁹

Ma allora, quali possono essere i provvedimenti atipici, funzionali alla conservazione del patrimonio ed alla preservazione dei diritti della massa che possono essere adottati?

Di essi è stata operata una elencazione, che potrebbe essere utile ripercorrere per verificarne la tenuta e vedere, al tempo stesso, se sia possibile individuare altre misure²⁰.

Il “*perimetro*” che si è tentato di tracciare porterebbe ad escludere la possibile adozione di provvedimenti di tipo conservativo qualora si ritenga tale categoria, per intero, assorbita da quelli tipici individuati dal codice di rito (*sequestro conservativo e giudiziario*), sicchè dovrebbe propendersi, necessariamente, per un uso improprio delle espressioni letterali che, peraltro, il Legislatore ha dimostrato, non solo, con la legge di riforma, ma anche in altre recenti, senza, così, tener conto del relativo effettivo significato.

Per quanto concerne, pertanto, la tutela atipica, l'assenza di richiamo all'art.700 cod.proc.civ. non deve lasciare supporre sussistente la possibilità di far ricorso a misure,

¹⁹ DE SANTIS F., *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari*, cit., 83, che ha ritenuto distinti i provvedimenti regolati dall'art.15, ottavo comma, l.f. da quelli urgenti che il giudice delegato può emettere ai sensi dell'art.25 lett.b) l.f. “...*per la conservazione del patrimonio*”, osservando che questi non hanno “*natura cautelare, in quanto disancorati da qualsiasi giudizio di merito...*”, e per essere essi “...*protesi ad acquisire caratteristiche di definitività, vuoi quando siano volti a prevenire il pericolo di deterioramento dei beni, vuoi quando realizzino una funzione recuperatoria del possesso di un bene detenuto dal terzo*” e, ancora, per esserne possibile l'adozione solo ove i soggetti destinatari non contestano il diritto di acquisizione; SAMORI', *Misure urgenti e provvedimenti cautelari del giudice delegato al fallimento*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 1986, 80, che ha inquadrato i decreti tra i “*provvedimenti giurisdizionali esecutivi con caratteri ordinatori*”.

²⁰ DE MATTEIS, *Sub art.15, in Codice commentato del fallimento*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2008, 122; DE SANTIS F., *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari*, cit., 83 che, in pratica, ha riproposto l'esemplificazione prospettata dal primo; *L'istruttoria prefallimentare: i provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio dell'impresa*, in *Dir.fall.*, 2008, I, 181.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

anch'esse atipiche, che il giudice può concedere in relazione al diritto che si intende far valere in via ordinaria, formulando una varietà di ipotesi alternative, alcune, come vedremo, condivisibili, ed altre che non sembrano poter essere giustificate.

E' stata, così, prevista la possibile nomina di un *curatore speciale* per il compimento di singoli atti urgenti: una sorta di commissario *ad acta* che dovrebbe intervenire, munito dei poteri riconosciutogli dal tribunale, su richiesta del creditore istante, che dovrebbe, però, indicare i singoli specifici atti che ritiene indispensabili, in quanto, ove omessi, verrebbero ad incidere negativamente, incrementando in modo ingiustificato il passivo.

E' lecito nutrire, al riguardo, giustificate perplessità sulla capacità del ricorrente, sia esso un creditore o il Pubblico Ministero, di specificare se e quali atti possano reputarsi perniciosi, attesa la scarsa conoscenza della vita dell'impresa in assenza di strumenti di pubblicità idonei ed in grado di suggerire gli ipotizzati interventi.

Operare, quindi, una applicazione di essi espone, inevitabilmente, al rischio di rimanere le previsioni prive di un valido argomentare, presupponendo una conoscenza della situazione del debitore resistente, che non è dato comprendere come possa essere acquisita dal soggetto che intende sollecitare l'apertura della procedura concorsuale.

Lo stesso mantenimento in vita di una struttura economica produttiva non può, d'altronde, che obbedire a rigide regole, nel senso che non è sufficiente ipotizzare una incrementazione dei valori di funzionamento, attraverso una gestione più conveniente, dal momento che ciò presuppone la conoscenza dei rapporti pendenti, dell'organizzazione patrimoniale e personale di cui si avvale il debitore resistente, e la indicazione delle scelte non oculate, da questi operate, che potrebbero determinare un incremento delle passività o, ancora, essere destinate alla definizione di ragioni di credito derivanti da rapporti estinti, suscettibili di revoca qualora il tribunale dovesse dichiarare il fallimento.

Si dovrebbe immaginare per acquisita la conoscenza di alcuni indicatori economico-finanziari quali, a titolo esemplificativo, il risultato d'impresa, il fatturato, il risultato operativo ed il livello di indebitamento, per potere, attraverso una analisi comparativa con i periodi precedenti, pervenirsi alla conclusione che il tribunale, nel breve periodo dell'istruttoria fallimentare, possa adottare provvedimenti che permettano di invadere la sfera del debitore resistente, correggendone l'operatività.

In via teorica tutto è possibile, e si può, quindi, discettare delle più variegate ed atipiche misure concedibili; deve, però, il tutto essere ancorato ad una realtà che confligge, inevitabilmente, con la assoluta non conoscenza di quei dati che sono indispensabili perché le richieste vengano formulate in modo specifico e puntuale.

Nel caso di società di capitali, utili flussi di informazione possono essere acquisiti dal tribunale attraverso l'analisi dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, antecedenti la data del deposito del ricorso, che consentono, però, di individuare l'attivo patrimoniale complessivo annuo, i ricavi lordi o l'ammontare dei debiti, la consistenza

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

dell'attivo ed il livello di indebitamento ma, certamente, non già anche l'andamento delle vendite, le ragioni delle difficoltà e, quindi, della incapacità di adempiere, in modo regolare, alle obbligazioni assunte e, tutt'al più, la sussistenza di quegli elementi in presenza dei quali potrebbe il tribunale, nel dichiarare il fallimento, disporre l'esercizio provvisorio ed essere, in tal caso, indotto ad adottare, ancora prima, su istanza di parte, i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa²¹.

Ma allora quali atti possono essere indicati al tribunale perché il curatore speciale venga nominato e provveda al compimento di essi?.

Certamente può ritenersi giustificata l'inibitoria di determinati atti di gestione o di esecuzione di un contratto essenziale per la prosecuzione dell'attività di impresa e, ancora, la presentazione di una dichiarazione IVA o del modello DM10, relativo ai contributi assicurativi e previdenziali, la cui omissione potrebbe determinare un grave costo, in ragione delle sanzioni che verrebbero applicate.

Si può, ancora, immaginare la richiesta di un intervento volto ad anticipare l'effetto della cristallizzazione del patrimonio e la conseguente insensibilità di esso alle vicende negoziali, in un'ottica di riconduzione dei rapporti stessi all'esigenza di conservazione dei valori di funzionamento dell'impresa.

Tutto ciò richiede una valutazione preventiva delle conseguenze economiche derivanti dalla prosecuzione automatica o dalla risoluzione dei rapporti in ragione della necessità di dover apprezzare, singolarmente, gli effetti positivi o negativi sulla successiva attività di realizzazione del patrimonio.

La misura cautelare potrebbe, allora, risiedere nella emanazione di un ordine alle imprese fornitrici di servizi di non interrompere le erogazioni, quante volte il contratto di somministrazione risulti indispensabile per la conservazione dell'esercizio dell'attività e, ancora, prevedere misure che permettano, a seconda delle esigenze, la conservazione dei contratti di impresa, quali la locazione finanziaria, il contratto di finanziamento (art.2447 *bis*, primo comma, lett.b, cod.civ.), il factoring, il franchising, il contratto estimatorio.

La misura cautelare consentirebbe, nei casi ipotizzati, una *gestione conservativa eterodiretta dell'impresa*, che potrebbe essere realizzata nominando un custode che affianchi l'imprenditore e ne controlli l'operato, senza riconoscere al primo un potere gestorio sostitutivo, e che possa riferire al tribunale promuovendo i provvedimenti urgenti indispensabili per impedire il compimento di tali atti o imporre l'esecuzione di quelli, che se omessi, verrebbero ad incidere sul patrimonio.

²¹ Tribunale Palermo, 28 luglio 2006, a quanto consta inedito, che ha ritenuto imprescindibile l'adozione delle misure cautelari, a tutela dell'impresa, ai fini della esclusiva possibilità per il tribunale di disporre l'esercizio provvisorio, non essendo consentito, in mancanza della documentazione indispensabile allo scopo, di svolgere una corretta e compiuta analisi di tutti gli elementi necessari per poter stabilire che la gestione provvisoria non arrecherà pregiudizio ai creditori.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

Se l'intento del Legislatore era, quindi, quello di anticipare il processo di liquidazione e realizzazione dell'attivo, l'adozione dei provvedimenti cautelari verrebbe ad essere giustificata solo in casi eccezionali e quando, dunque, il tribunale, *prima facie*, dovesse ritenere come altamente probabile la successiva dichiarazione di fallimento.

Non sembra possa condividersi una direzione giudiziaria dell'amministrazione dell'impresa e, soprattutto, l'adozione di provvedimenti che possano avere incidenza sui diritti dei terzi, per i quali la cautela non può né nuocere né determinare vantaggi²².

Potrebbe trovare giustificazione, anche, l'emissione di una misura cautelare volta ad imporre all'imprenditore lo svolgimento della fase di *informazione e consultazione sindacale*, nell'ipotesi in cui questi intenda risolvere una pluralità di rapporti di lavoro ritenuti eccedentari, dal momento che la omissione verrebbe a comportare, quale conseguenza, la inefficacia dei recessi e, con questa, l'insorgere di oneri ingiustificati, che verrebbero ad incidere sulla ripartizione dell'attivo.

Per la stessa ragione può ritenersi giustificata anche una misura cautelare che imponga la sospensione di qualsiasi iniziativa che si intenda assumere nei confronti del personale in organico, di conseguente "*raffreddamento*" della eventuale conflittualità e di apertura, se del caso, della fase di informazione e consultazione per l'accesso agli *ammortizzatori sociali*, qualora l'impresa rientri nel relativo settore per l'applicazione di essi.

Meno praticabile appare essere la scelta di una cautela per imporre ai soci di operare finanziamenti al fine di sostenere l'ente societario, così come altre misure invasive, pur ritenute possibili, di rimozione degli organi sociali, con conseguente sospensione dalla carica, dovendo essere privilegiata la scelta di inibire, piuttosto, il compimento di determinati atti²³.

E' discutibile, e non sembra affatto percorribile, la soluzione della *nomina di un amministratore giudiziario* cui demandare la valutazione della possibilità di richiedere, per la società, l'accesso ad una diversa procedura concorsuale (*concordato preventivo*), secondo lo schema previsto dall'art.2409 cod.civ., coinvolgendo, ancora una volta, scelte che non possono essere surrogate e che, peraltro, impongono una valutazione del complesso quadro di riferimento e la necessità di una definizione celere dell'istanza, che confluisca, alternativamente, nel rigetto o nella dichiarazione di fallimento.

Deve ritenersi esclusa la possibilità che i provvedimenti, d'altronde, possano condurre ad un accoglimento anticipato dell'apertura del concorso, salvo che l'adozione

²² ARIETA G., in MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale e civile*, III, Padova, 2005, 1135; LAURISA, *Tutela del destinatario del provvedimento cautelare e del terzo*, in *Corr.giur.*, 1992, 99; BIAVATI, *Note sulla tutela del terzo nei procedimenti cautelari*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1983, 1028.

²³ Tribunale Monza, 11 febbraio 2009, cit., che ha revocato il consiglio di amministrazione della società debitrice nominando un amministratore giudiziario speciale dell'impresa.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

degli stessi non sia giustificata dalla decisione del tribunale di disporre l'esercizio provvisorio.

In tal caso, difatti, le condizioni in presenza delle quali il collegio emette i provvedimenti cautelari o conservativi, a tutela del patrimonio e dell'impresa, restano inevitabilmente influenzate dalla possibilità di disporre la continuazione dell'attività dell'impresa con la stessa sentenza dichiarativa di fallimento, essendo impensabile che la relativa analisi possa essere svolta senza l'ausilio degli accertamenti demandati al soggetto affidatario della fase gestoria precedente l'apertura della procedura concorsuale, ed al quale non può, però, chiedersi, come pure è stato fatto, di accertare la sussistenza dello stato di insolvenza, mediante una ricostruzione della situazione patrimoniale aggiornata, e di "...determinare la capacità o meno dell'attività...di remunerare il capitale investito, la veridicità e la matrice delle appostazioni dei proventi straordinari e per riserve straordinarie dei bilanci 2007 e 2008, l'entità e la regolarità degli adempimenti dei debiti previdenziali", rientrando, da un lato, un siffatto accertamento tra gli obblighi che il richiedente ha di fornire gli elementi in presenza dei quali ritiene sussistente lo stato di insolvenza, essendo rimessa, dall'altro, al tribunale la relativa valutazione, che non può essere, invece, affidata all'analisi di un terzo, avendo, invero, il Legislatore rimesso alle parti la possibilità di nominare consulenti tecnici, per siffatti accertamenti, essendo giustificato, di contro, l'intervento di un esperto qualora si intendano acquisire notizie utili e flussi informativi indispensabili perché possa essere disposto l'esercizio provvisorio²⁴.

4. Il procedimento

Una volta analizzata la funzione dei provvedimenti cautelari o conservativi che possono essere adottati, ed operato un inquadramento sistematico del nuovo istituto, con riferimento all'oggetto ed al possibile contenuto degli stessi, appare utile soffermarsi sugli aspetti procedurali e, in particolare, sul regime di stabilità proprio di essi.

Al riguardo, si impone una prima analisi volta ad individuare quali siano le norme sul procedimento cautelare uniforme (art.669 *quaterdecies* cod.proc.civ.) che possono trovare applicazione indiscussa, e caratterizzare, quindi, il procedimento per l'adozione di una misura che è, necessariamente, *provvisoria*, poiché limitata alla durata della fase preistruttoria fallimentare e, al tempo stesso, *strumentale*, in quanto diretta ad assicurare la conservazione dell'impresa o ad anticipare gli effetti della successiva decisione, quante volte, naturalmente, il provvedimento atipico sia stato concesso per realizzare e, se del caso, indirizzare la successiva fase liquidatoria mediante la disposizione dell'esercizio provvisorio.

Ed allora, per meglio comprendere le caratteristiche proprie di tale *subprocedimento*, che si inserisce in quello volto all'accertamento dei presupposti per la

²⁴ Tribunale Monza, 4 febbraio 2009, in www.ilcaso.it

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

dichiarazione di fallimento - che, peraltro, lo stesso decreto di convocazione deve indicare, contestualmente fissando un termine, non inferiore a sette giorni prima dell'udienza, per la costituzione della parte resistente ed il deposito della documentazione prevista dall'art.15, quarto comma, l.f. - appare corretto prendere in esame le disposizioni del procedimento cautelare uniforme e verificare quali di quelle, tra queste, possano ritenersi compatibili e debbano, dunque, trovare applicazione.

L'art.669 *bis* cod.proc.civ. prevede che l'istanza si propone con ricorso, che deve essere depositato nella cancelleria del giudice competente.

Trattandosi, pertanto, di un atto indirizzato direttamente al tribunale, attesa, come vedremo, la competenza del collegio ad emettere il relativo provvedimento, non par dubbio che esso impone il necessario ministero di un difensore, così come, d'altronde, è espressamente previsto per quei procedimenti camerati destinati ad incidere sullo *status* personale e, quindi, su situazioni soggettive della parte, incisa dal relativo provvedimento, e che impongono anche al richiedente di essere assistito tecnicamente, così come stabilisce l'art.82, secondo comma, cod.proc.civ..

Per quanto concerne il contenuto, è evidente che dovrà essere rivolto al tribunale del luogo ove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa (art.9 l.f.) e, quindi, ove sia presentato separatamente dal ricorso previsto dall'art.15 l.f., allo stesso tribunale già adito, o anche contestualmente, nel senso che, in tal caso, la misura conservativa o cautelare dovrà essere inserita in tale atto.

E' difficile ipotizzare che l'istanza venga presentata anteriormente al ricorso volto alla dichiarazione di fallimento, ciò in quanto esso dà avvio al procedimento – così come precisa la stessa rubrica dell'art.15 l.f. – diretto all'accertamento dei presupposti, soggettivo ed oggettivo, per l'apertura della procedura concorsuale e, quindi, nella sostanza, non rientra nella "*causa di merito*", cui fa cenno l'art.669 *ter* cod.proc.civ., attesa la successiva previsione contenuta all'art.669 *octies* cod.proc.civ., che impone al giudice competente che accolga con ordinanza la domanda, ove proposta prima "...dell'inizio della causa di merito...", di fissare un termine perentorio per l'inizio del relativo giudizio.

E', in pratica, la provvisorietà e, al tempo stesso, la strumentalità ed effettività che la misura cautelare invocata tende a realizzare, ad escludere che essa possa avere vita autonoma e separata dal giudizio di cognizione, cui è necessariamente connessa²⁵.

Ne consegue, quindi, per quel che attiene la competenza, che non può trovare applicazione l'art.669 *quater* cod.proc.civ., regolando la norma l'ipotesi del

²⁵ DE MATTEIS S., *Istanza di fallimento del debitore. L'istruttoria prefallimentare (artt.14 e 15 l.fall)*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA e L. PANZANI, Milano, 2009, 208; SCARSELLI, *Procedimento prefallimentare e procedimenti in Camera di Consiglio*, in *Foro it.*, 2006, V, 181; in senso contrario FABIANI-NARDECCHIA, *Formulario commentato della legge fallimentare*, 2 ed., Milano, 2007, 55-56.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

provvedimento emanato nel corso del procedimento, l'adozione del quale è riservata, nel caso che ci occupa, al collegio, nel senso che seppur con il decreto di convocazione il tribunale ha già delegato un giudice relatore, per l'audizione delle parti, e l'istanza cautelare venga presentata successivamente al deposito del ricorso, attesi i limiti discendenti dalla delega - avendo ad oggetto essa, esclusivamente, l'ammissione e l'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio - deve ritenersi che, nel caso ipotizzato, il giudice relatore designato rimetterà la relativa statuizione al collegio²⁶.

E', difatti, il tribunale che dovrà sentire le parti, "...omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio...", e stabilire le modalità ritenute maggiormente opportune per il compimento degli "...atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti ai fini del provvedimento richiesto..." e, quindi, provvedere al suo accoglimento od al rigetto, con ordinanza necessariamente motivata (art.669 *sexies* cod.proc.civ.).

Qualora l'istanza sia contenuta nel ricorso volto alla dichiarazione di fallimento, e semprechè la convocazione della parte resistente possa pregiudicare l'attuazione del provvedimento, deve ritenersi possibile l'adozione di esso *inaudita altera parte*, con "...decreto motivato, assunte ove occorra sommarie informazioni" e, naturalmente, in tal caso, dovrà essere fissata l'udienza per la successiva comparizione - così come previsto dall'art.669 *sexies* cod.proc.civ. - per la conferma, modifica o revoca, con ordinanza motivata, del provvedimento emanato con decreto.

Dunque, la richiesta di una misura conservativa o cautelare, come si è visto, può essere presentata separatamente o essere contenuta già nel ricorso volto alla dichiarazione di fallimento, e l'*iter* procedimentale sarà, necessariamente, diverso, dovendosi prevedere, nel primo caso, la fissazione di un'udienza per la trattazione limitata alla valutazione della sussistenza dei relativi presupposti (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), per la concessione, o meno, del provvedimento richiesto, laddove, nell'altro caso, l'udienza di comparizione delle parti potrà essere utilizzata per la disamina di quelle condizioni e, una volta concessa la cautela, la valutazione del presupposto, soggettivo ed oggettivo, *prima facie* già svolta dal tribunale.

Non sembra debba essere esclusa la possibilità che l'istanza sia proposta all'udienza fissata per la comparizione delle parti, a seguito del deposito del ricorso; ciò, peraltro, è senz'altro possibile quante volte vengano accertati fatti, nel lasso temporale decorrente tra il deposito del ricorso e l'udienza, che suggeriscano l'adozione della misura cautelare.

E d'altronde, così come la domanda cautelare che sia stata proposta, ove respinta, può essere riformulata, laddove emergano elementi nuovi o si verificano situazioni

²⁶ DE SANTIS, *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari*, cit., 84; DE MATTEIS, *Istanza di fallimento del debitore. L'istruttoria prefallimentare*, cit., 210.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

prima non previste, sì da consentire la sua riproposizione (art.669 *sexies* cod.proc.civ.), è evidente che l'istanza può essere anche presentata alla stessa udienza di comparizione delle parti, non però oralmente, dal momento che, come si è visto, l'art.669 *bis* cod.proc.civ. richiede il deposito in cancelleria (del giudice competente) di un ricorso che, pertanto, deve avere il contenuto dettato dall'art.125 cod.proc.civ., ed indicare l'ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto ma, soprattutto, le ragioni della domanda e le conclusioni, attesa la necessaria coincidenza che deve esservi tra l'allegazione dei fatti dedotti e la corrispondenza del provvedimento adottato con quello richiesto.

Al tribunale non è certamente consentita alcuna valutazione se non quella correlata al pregiudizio che può derivare dalla non concessione del provvedimento, con la conseguenza che la sussistenza dei presupposti per la sua emanazione non può non dipendere dalle allegazioni proposte dalla parte richiedente, valutate le controdeduzioni del debitore resistente, dovendosi ritenere esclusa una capacità "creativa" del giudice, attesa la necessità di valutare, con equilibrio ed attenzione, anche il possibile pregiudizio che può derivare dall'attuazione di un provvedimento per il soggetto che lo viene a subire.

Ove, pertanto, l'istanza cautelare venga presentata all'udienza fissata per la comparizione delle parti, la stessa non potrà essere raccolta a verbale, ma dovrà essere formulata nel modo stabilito dall'art.669 *bis* cod.proc.civ., e concessi i termini a difesa alla parte resistente, rimessa, poi, ogni valutazione al tribunale, dinanzi al quale dovrà essere fissata una nuova comparizione.

La legittimazione spetta indistintamente a ciascuna delle parti, cui è riservato il potere di richiedere l'apertura della procedura concorsuale e, quindi, non solo al creditore ed al Pubblico Ministero, ma anche allo stesso imprenditore qualora sia questi a chiedere il proprio fallimento, potendo, in tal caso, sollecitare al tribunale misure conservative o anticipatorie che consentano, poi, con la stessa sentenza dichiarativa di fallimento, di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, quante volte la composizione e la struttura di essa, ovvero l'esistenza di rapporti commerciali pendenti, ne giustificano la conservazione, pur se ai fini di una migliore liquidazione.

Si pensi, a tal riguardo, alla richiesta di adozione di un provvedimento cautelare volto ad anticipare gli effetti previsti dall'art.51 l.f., per quel che attiene le già avviate azioni esecutive individuali, al fine di non consentire l'asporto dei beni strumentali, per evitare che esso possa incidere negativamente sulla stessa possibilità per il tribunale di disporre, poi, l'esercizio provvisorio, così come di portare a compimento una espropriazione presso terzi impedendo, quindi, al curatore di avere quei mezzi finanziari per poter utilmente proseguire l'attività.²⁷

Coerentemente, in un primo momento, con il sistema delineato, il d.lgs.n.5 del

²⁷ CAIAFA A., *L'istruttoria prefallimentare: i provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio dell'impresa*, in *Dir.fall.*, 2008, I, 181.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

2006 aveva previsto la necessità che il tribunale, nella designazione del curatore, dovesse indicare le specifiche caratteristiche ed attitudini di questi (art.28, secondo comma), attraverso una rivisitazione dell'art.27 nel Regio Decreto 16 marzo 1942, n.267, che aveva già riconosciuto la possibilità, allora, per il collegio, seppur “...*in casi eccezionali...per motivi denunciarsi nella sentenza dichiarativa di fallimento...*”, di scegliere il curatore anche tra persone considerate idonee, ancorché non iscritte nel ruolo degli amministratori giudiziari, nell'ambito del quale veniva operata la scelta.

Ebbene, non intendo giungere ad affermare che una soluzione potrebbe essere anche quella di nominare custode lo stesso imprenditore, ma non può escludersi la legittimazione di questi in ordine alla richiesta di una misura conservativa o anticipatoria, qualora intenda richiedere il proprio fallimento e, contestualmente, rappresentare al tribunale la sussistenza delle condizioni perché venga disposto l'esercizio provvisorio, così indirizzando anche la scelta del curatore, perché sia designato tra quei professionisti che hanno maggiore attitudine allo svolgimento di un incarico gestorio, senza, peraltro, la necessità di enunciare le ragioni della scelta nella sentenza, ormai non più disposta, a seguito della abrogazione del secondo comma dell'art.28, nel testo licenziato dal d.lgs. n.5/2006, ad opera del decreto correttivo, “...*allo scopo di evitare un appesantimento inutile della motivazione...*”, così come ribadito nella relazione al d.lgs.n.169 del 2007²⁸.

L'efficacia limitata interna al procedimento è confermata dalla circostanza di avere stabilito il Legislatore che le misure cautelari o conservative adottate vengono meno con la sentenza dichiarativa di fallimento.

A dire il vero, la previsione di una conferma delle stesse è ultronea, dal momento che l'apertura del concorso comporta lo spossessamento e, quindi, inevitabilmente, la misura conservativa che fosse stata adottata perderebbe ogni effetto in ragione di quanto disposto dall'art.51 l.f., per quel che attiene le iniziative singole dei creditori concorrenti anteriori. Di contro, se adottata nell'intento di inibire il compimento di determinati atti, non par dubbio che quelli che fossero posti in essere dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento sarebbero privi di efficacia, sicché la conferma, così come la revoca, ove anche non pronunciata, non determinerebbe alcuna conseguenza, in quanto, inevitabilmente, assorbito il provvedimento conservativo dalla decisione che ha determinato l'apertura del concorso.

²⁸ Tribunale Bologna, 14 agosto 2009, in www.ilcaso.it, che ha ritenuto, pur “...*consapevole del dibattito teorico sull'esatta delimitazione interpretativa dell'esercizio provvisorio nella duplice scansione normativa prevista dal primo e secondo comma dell'art.104 l.f....*”, di accogliere l'istanza del curatore volta ad ottenere l'autorizzazione in tal senso e, quindi, non già alla continuazione temporanea dell'esercizio dell'attività di impresa, così come previsto dal secondo comma dell'art.104 l.f., in quanto nel caso concreto la società fallita, nel formulare l'istanza di fallimento in proprio e nel documentare il dissesto, non si era curata in alcun modo di evidenziare le peculiarità produttive dell'impresa.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

Non diversa, ovviamente, la valutazione per la misura cautelare quante volte questa si sia concretizzata nella nomina di un custode per il compimento di determinati atti o per assicurare la non conclusione di altri.

Al contrario, indispensabile è la previsione della relativa revoca, con il decreto che rigetta l'istanza, atteso che una ultrattività della misura conservativa o cautelare adottata non troverebbe giustificazione alcuna, essendo essa strumentale rispetto alla preservazione degli effetti della liquidazione concorsuale.

Troverà, pertanto, applicazione l'art.669 *novies* cod.proc.civ. qualora il giudice che abbia emesso il provvedimento abbia omissis di disporre la revoca, nel senso che le parti potranno provocare la pronuncia di inefficacia dello stesso mediante la prevista ordinanza (art.669 *novies*, secondo comma, cod.proc.civ.), non potendo, nel caso di specie, sussistere contestazione al riguardo, anche perché la misura conservativa accordata non ha la funzione, ben diversa di quella tipica, di tutelare la realizzazione del credito (*sequestro conservativo*).

La pronuncia del provvedimento è, dunque, indispensabile perché venga ripristinata la situazione precedente, e l'intervento del tribunale è più probabile che venga richiesto nell'ipotesi in cui vi sia stata desistenza e sia stata disposta l'archiviazione del ricorso, dovendosi immaginare che, nel caso di rigetto, il collegio difficilmente ometterà di pronunciare la revoca del provvedimento conservativo cautelare adottato.

Improbabile appare essere, comunque, l'applicazione dell'art.669 *decies* cod.proc.civ., che regola le ipotesi di revoca e modifica del provvedimento adottato, in quanto i tempi, non necessariamente dilatati, dell'istruttoria prefallimentare, devono lasciar ritenere che la pronuncia di revoca, in tal caso, si accompagnerà a quella di rigetto dell'istanza di fallimento, dal momento che se il tribunale ha ritenuto possibile procedere ad una riconsiderazione della situazione, è evidente che avendo considerato insussistente il presupposto soggettivo o, ancora, l'altro oggettivo, respingerà, a quel punto, l'istanza di fallimento e non avrà, quindi, la necessità di revocare la misura conservativa o cautelare, non essendo ravvisabili quei "...*mutamenti nelle circostanze...*", quanto, piuttosto, la allegazione di "...*fatti anteriori di cui sia acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare...*".

Al pari, non può trovare applicazione l'art.669 *decies*, secondo comma, cod.proc.civ., nella parte in cui ancora l'adozione del provvedimento di revoca, o la modifica, all'ipotesi che non sia stato iniziato il giudizio di merito – che nel caso di specie non vi è – ma solo all'altra prevista della intervenuta dichiarazione di estinzione per mancata comparizione delle parti.

Troverà applicazione, senz'altro, l'art.669 *duodecies* cod.proc.civ., quante volte il provvedimento adottato contenga un obbligo di consegna, rilascio, di fare o non fare, e si renda, quindi, indispensabile l'intervento del giudice della cautela per indicare le modalità di attuazione di esso, anche se per le misure tipiche del sequestro giudiziario o

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

conservativo dovrebbero trovare applicazione le disposizioni specifiche, partitamente, previste dall'art.676 cod.proc.civ., per quel che attiene la custodia, nel caso del sequestro giudiziario, e dagli artt. 678 e 679, per quello conservativo sui beni mobili o immobili.

Ancora, l'efficacia limitata nel tempo dei provvedimenti, per aver stabilito, peraltro, il Legislatore che essi possono essere revocati con il decreto che rigetta l'istanza, lascia ritenere difficile il percorso e la proposizione del reclamo regolato dall'art.669 *terdecies* cod.proc.civ., in ragione anche degli stessi tempi che la norma impone, richiamandosi, per il procedimento, gli artt.737 e 738 cod.proc.civ., e prevedendosi, in particolare, che la convocazione delle parti debba avvenire “...*non oltre venti giorni dal deposito del ricorso*”, dovendo, peraltro, essere esclusa la possibilità di cui all'ultimo comma dell'articolo in commento, per il presidente del tribunale, di sospendere l'esecuzione del provvedimento quando, per motivi sopravvenuti, esso è in grado di arrecare un grave danno, dovendosi preferire la soluzione che sia lo stesso tribunale investito della dichiarazione di fallimento ad emettere il decreto di rigetto dell'istanza²⁹.

La diversa e sostanziale scritturazione della norma lascia ritenere ragionevole escludere il rimedio del reclamo cautelare³⁰.

Non condivisibile è la soluzione da altri ritenuta possibile del ricorso alla misura disciplinata dall'art.26 l.f., dal momento che tale rimedio si inserisce nell'ambito della procedura fallimentare ed è, quindi, esperibile una volta che sia stato dichiarato il fallimento, sicchè, intervenuta la relativa pronuncia, verrebbe meno l'interesse alla rimozione di un provvedimento cautelare, per avere previsto, espressamente, il Legislatore che esso ha una efficacia limitata alla durata del procedimento, tant'è che deve essere confermato, o revocato, dalla sentenza che apre il concorso e, ancora, perché l'appello non sospende gli effetti della decisione gravata, quanto, piuttosto, nella ricorrenza di gravi motivi, temporaneamente, la liquidazione dell'attivo.³¹

²⁹ L'art.45, nel testo redatto dalla Commissione istituita dal Ministero della Giustizia, con d.m. 14 febbraio 2004, aveva previsto la possibilità per il tribunale di emettere provvedimenti cautelari volti alla gestione ed alla conservazione del patrimonio, nonché “...*quelli idonei ad assicurare gli effetti della decisione*”, con la possibilità di adottare le disposizioni mediante richiamo delle norme del codice di rito, del procedimento cautelare uniforme, sicchè essendo tra queste comprese l'art.669 *terdecies*, lo strumento del reclamo era stato, in pratica, normativamente previsto.

³⁰ MONTANARO, *Sub art.15*, in *La riforma del diritto fallimentare*, a cura di NIGRO-SANDULLI, Torino, 2006, 83; in senso contrario, DE SANTIS, *Sub art.15*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit.331; Id., *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari*, cit., 85.

³¹ In senso contrario, SCARSELLI, *Procedimento prefallimentare e procedimenti in Camera di Consiglio*, cit., 179, che ritiene esperibile il reclamo *ex art.26 l.fall.*, norma questa che, peraltro,

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

Competente, naturalmente, alla pronuncia del provvedimento cautelare è anche la corte di appello, in sede di reclamo, ove l'istanza di fallimento sia stata respinta; in tal caso, sarà la corte a revocare la misura cautelare con l'adozione del provvedimento di rigetto, laddove, di contro, spetterebbe al tribunale, cui gli atti vengono rimessi d'ufficio, ai sensi dell'art.22, quarto comma, l.f., nel dichiarare il fallimento, o provvedere alla revoca o conferma della misura cautelare adottata in sede di reclamo, anche se, per quanto detto, una siffatta pronuncia, una volta aperto il concorso, non sembra utile, venendo essa assorbita dagli effetti discendenti dalla dichiarazione di fallimento.

5. Il regime delle spese

Occorre, naturalmente, distinguere l'ipotesi in cui il ricorso per dichiarazione di fallimento venga respinto, con conseguente obbligo per il tribunale, in tal caso, di provvedere sulle spese, non solo per quelle strettamente processuali, ma anche di pronunciare, ove ne sia richiesto, sulla condanna della parte istante, ai sensi dell'art.96 cod.proc.civ., dall'altra in cui il ricorso venga accolto e, quindi, dichiarato il fallimento, dovendosi stabilire se le spese sostenute in relazione ai provvedimenti conservativi o cautelari adottati possano trovare riconoscimento, nell'ambito del successivo concorso, in privilegio o in prededuzione.

Ebbene, nell'ipotesi di rigetto, ovviamente, le spese sostenute con riferimento alla cautela concessa, che possono variare, naturalmente, a seconda del tipo di provvedimento adottato - nel senso che possono essere limitate alla trascrizione o alla esecuzione di un sequestro, così come essere riferite al compenso che sarà, comunque, dovuto al custode o all'amministratore giudiziario - non potranno che far carico alla parte che lo ha sollecitato ed essere, quindi, ripartite tra più parti private quante volte vi sia stata una pluralità di richiedenti.

Laddove l'istanza sia stata, poi, presentata dal P.M. riterrei la soluzione, invero, non diversa nel caso di rigetto, o accoglimento del ricorso, con conseguente apertura della procedura concorsuale.

Le spese, difatti, in quanto sostenute dallo Stato, dovrebbero far carico all'Erario, così come nel successivo fallimento andrebbero ammesse al passivo, con collocazione privilegiata per le spese di giustizia, e non, però, in prededuzione³².

La pronuncia sulle spese a favore del debitore resistente, nell'ipotesi di rigetto del ricorso, è implicitamente prevista dall'art.22, secondo comma, l.f., laddove è stabilito che questi non possa chiedere in separato giudizio la condanna dell'istante alla refusione delle spese, ovvero al risarcimento del danno per responsabilità gravata, ai

fa riferimento ai decreti, laddove nel caso dell'art.15 il provvedimento assunto dal Collegio ha la forma dell'ordinanza.

³² In senso contrario, TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 63.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROVVEDIMENTI CAUTELARI O CONSERVATIVI

sensi dell'art.96 cod.proc.civ..

Ne consegue, quindi, che il tribunale, nel respingere il ricorso, è tenuto a regolare le spese secondo il principio della soccombenza, con possibilità, pertanto, per il resistente di proporre reclamo, dinanzi alla corte d'appello, avendo il Legislatore privilegiato la soluzione di impedire la proposizione, in ossequio al principio generale elaborato con riguardo all'art.96 cod.proc.civ., in separato giudizio, attesa la necessità di una valutazione delle ragioni di responsabilità processuale nell'ambito dello stesso procedimento in cui un siffatto apprezzamento deve essere svolto³³.

Laddove, di contro, venga dichiarato il fallimento, le spese sostenute dal creditore possono essere ammesse al passivo e devono ritenersi assistite dal privilegio per le spese di giustizia, in relazione a quanto disposto dagli artt.2755, 2770 2777 cod.civ., in quanto non diverse da quelle che il creditore precedente sostiene nella procedura esecutiva singolare, in ragione della tutela accordata alla massa dalla conservazione e, quindi, della specifica finalità che ha determinato la richiesta e la conseguente concessione del provvedimento cautelare invocato.

³³ D'ORAZIO, *Il procedimento per dichiarazione di fallimento*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di BONFATTI-PANZANI, Milano, 2008, 101.

IL CONTRATTO DI TRASFERIMENTO DI PACCHETTI DI CONTROLLO E LE PROCEDURE CONCORDATARIE*

Lo scritto affronta il tema della vendita delle partecipazioni societarie in sede fallimentare, soffermandosi in particolare sui profili delle garanzie dovute dal venditore e sulla disciplina dei contratti pendenti.

di ORESTE CAGNASSO e CRISTINA SARACINO

1. La vendita in sede fallimentare delle partecipazioni in società

Nell'ambito della disciplina dedicata alla liquidazione dell'attivo la legge fallimentare prevede, nella Sezione II relativa alla vendita dei beni, una disposizione che ha per oggetto il trasferimento della quota di società a responsabilità limitata. Più precisamente l'art. 106 l. fall., rubricato "Cessione dei crediti, dei diritti e delle quote, delle azioni, mandato a riscuotere", al secondo comma, così recita: "*per la vendita della quota di società a responsabilità limitata si applica l'articolo 2471 del codice civile*".

La norma ora richiamata, concernente l'espropriazione della partecipazione, dispone: "*la partecipazione (in società a responsabilità limitata) può formare oggetto di espropriazione. Il pignoramento si esegue mediante notificazione al debitore e alla società e successiva iscrizione nel Registro delle Imprese. L'ordinanza del giudice che dispone la vendita della partecipazione deve essere notificata alla società a cura del creditore. Se la partecipazione non è liberamente trasferibile e il creditore, il debitore e la società non si accordano sulla vendita della quota stessa, la vendita ha luogo all'incanto; ma la vendita è priva di effetto se, entro dieci giorni dall'aggiudicazione, la società presenta un altro acquirente che offra lo stesso prezzo. Le disposizioni del comma precedente si applicano anche in caso di fallimento di un socio*".

Come si può constatare dalla lettura in parallelo delle due norme, l'art. 106 l. fall. richiama l'art. 2471 c.c., mentre quest'ultimo stabilisce espressamente che il secondo comma vale anche in caso di fallimento del socio di società a responsabilità limitata. Mentre la legge fallimentare rinvia genericamente all'art. 2471 c.c., quest'ultimo, con maggior precisione, estende al fallimento del socio solo la disciplina

* Scritto destinato al volume "*Le acquisizioni societarie*" diretto da Maurizio Irrera, edito dalla Zanichelli, di prossima pubblicazione.

STUDI E OPINIONI

PACCHETTI DI CONTROLLO E PROCEDURE CONCORSALE

di cui al secondo comma, dettata per il caso di partecipazione non liberamente trasferibile.

La disciplina fallimentare continua a far riferimento alla quota, mentre la riforma societaria utilizza il termine partecipazione per indicare la posizione del socio di società a responsabilità limitata.

Sussiste poi uno “scoordinamento” tra la rubrica dell’art. 106 l. fall. e il suo contenuto: la prima si riferisce alla cessione di crediti, diritti, quote e azioni, mentre il contenuto della stessa prevede la cessione dei crediti e delle azioni revocatorie, nonché la vendita delle quote di società a responsabilità limitata; nulla è detto con riferimento alle azioni. Tuttavia ciò, come si vedrà tra breve, potrebbe rappresentare un elemento idoneo ad offrire argomenti per un’interpretazione estensiva del secondo comma dell’art. 106 l. fall..

Al fine di offrire un panorama completo in ordine alla cessione delle partecipazioni occorre distinguere l’ipotesi delle società di persone, da quella della società a responsabilità limitata e della società per azioni.

1.1. Le società personali

Con riferimento alle società personali, come è noto, l’art. 2288, primo comma, c.c. dispone che è escluso di diritto il socio che sia dichiarato fallito. La norma trova collocazione nell’ambito della società semplice, ma vale anche per la società in nome collettivo e per l’accomandita. Pertanto, in caso di fallimento del socio, nella massa attiva rientra non la quota di società di persone, ma il valore della medesima o meglio la quota di liquidazione conseguente all’esclusione di diritto del socio.

La regola si colloca all’interno della disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti pendenti. Tali effetti sono riconducibili o alla sostituzione facoltativa del curatore, o a quella automatica o allo scioglimento del rapporto. Nell’ipotesi di rapporto sociale derivante dalla costituzione di una società semplice (o, in generale, di una società di persone) la dichiarazione di fallimento determina lo scioglimento del vincolo. O meglio: determina lo scioglimento del vincolo limitativamente al socio dichiarato fallito.

Il fondamento di tale disposizione è stato individuato nel carattere personale della partecipazione sociale, accentuando i vari interpreti ora il profilo di tutela accordata alla società, ora quello sanzionatorio a carico del socio.

In dottrina si è rilevato che il fondamento della norma “sta in ciò che alla permanenza del vincolo sociale si oppone l’eventualità che la società assuma nuove obbligazioni. Infatti, il sopraggiungere di tali obbligazioni non potrebbe non ripercuotersi sulla procedura fallimentare o sul contratto di società. Per evitare che ciò avvenga la legge ha disposto l’esclusione di diritto del socio fallito”.

STUDI E OPINIONI

PACCHETTI DI CONTROLLO E PROCEDURE CONCURSUALI

1.2. La società a responsabilità limitata

Con riferimento alle società a responsabilità limitata occorre distinguere tra partecipazioni liberamente trasferibili e partecipazioni il cui trasferimento sia sottoposto a limitazione. Nel primo caso *“il curatore potrà procedere alla vendita ex artt. 2469 e 2470 c.c. con la libertà di forme che caratterizza la nuova liquidazione fallimentare”*¹. Nel secondo caso viene in considerazione la norma contenuta nel terzo comma dell’art. 2471 c.c..

Come si è già osservato, dovranno distinguersi due fasi: la prima diretta a pervenire ad un eventuale accordo tra il curatore e la società in ordine alla vendita della partecipazione; nel caso di fallimento di tale tentativo, la vendita ha luogo all’incanto; tuttavia quest’ultima è priva di effetto se, entro dieci giorni dall’aggiudicazione, la società presenta un altro acquirente che offra lo stesso prezzo.

Come è stato rilevato in dottrina, *“la normativa dell’art. 2471 c.c. è certamente ispirata all’intento di tutelare la compagine societaria, favorendo il mantenimento dell’assetto originario: in sede fallimentare pertanto il curatore non è vincolato ad un prezzo determinato, ma, quale amministratore del patrimonio del fallito e nel contempo garante degli interessi della massa, dovrà preliminarmente tentare un accordo bonario con la società, in mancanza del quale la vendita avrà luogo all’incanto”*².

Si aggiunge in dottrina che *“tale previsione legislativa deve armonizzarsi con quanto previsto dalla legge fallimentare per la liquidazione dell’attivo e pertanto è necessario l’inserimento dell’eventuale accordo tra società e curatore nel programma di liquidazione a pena di nullità dell’atto”*³.

¹ LICCARDO – FEDERICO, in *Il Nuovo Diritto Fallimentare. Commentario* diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, II, Bologna, 2006, p. 1778.

² LICCARDO – FEDERICO, *op. cit.*, p. 1778. La Cassazione, 14 marzo 2000, n. 2909, in *Giust. civ.*, Mass. 2000, 572; in *Fallimento*, 2001, 568 con nota di FEDERICO; in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 13, 77, ha statuito che *“in sede espropriativa concorsuale della quota sociale, il curatore, a norma dell’art. 2480 c.c., non è vincolato da un prezzo determinato, ma, quale amministratore del patrimonio del fallito e nel contempo garante degli interessi della massa, deve pervenire ad un accordo con la società (che va, a sua volta, garantita dall’ingresso di terzi estranei), in mancanza del quale la vendita ha luogo all’incanto, con facoltà di presentazione di altro acquirente che, tuttavia, offra lo stesso prezzo di aggiudicazione provvisoria. Ne consegue che, nell’ipotesi in cui una società ceda alcune quote di propria partecipazione in altra società a soci che quelle quote acquistano, in esercizio del loro diritto di prelazione, al prezzo predeterminato e pari al valore dell’ultimo bilancio approvato, l’atto di cessione è soggetto a revocatoria fallimentare, se si accerta che il valore delle quote è superiore a quello pagato, visto che l’ “eventus damni” è verificabile nel fatto che il curatore non sarebbe stato vincolato a quel prezzo”*.

³ BENZI, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, 2, Torino, 2009, p. 1253; LICCARDO – FEDERICO, *op. cit.*, p. 1779

STUDI E OPINIONI

PACCHETTI DI CONTROLLO E PROCEDURE CONCURSUALI

La previsione, contenuta nel terzo comma dell'art. 2471 c.c., richiamato dall'art. 106 l. fall., alla vendita all'incanto oggi si pone in contrasto con la libertà di forme della vendita prevista dalla nuova disciplina fallimentare. Tuttavia il dato testuale non pare facilmente superabile⁴.

Occorre aggiungere che il legislatore della riforma concede all'autonomia dei soci di società a responsabilità limitata la facoltà di introdurre “*specifiche ipotesi di esclusione per giusta causa del socio*”.

La norma, contenuta nell'art. 2473 *bis* c.c., deve essere coordinata con l'espressa previsione della sanzione dell'esclusione del socio in caso di mancata esecuzione dei conferimenti o di scadenza o sopravvenuta inefficacia della polizza assicurativa o della garanzia bancaria (in sostituzione del versamento dei decimi o in caso di conferimento d'opera) (cfr. l'art. 2466 c.c.).

La disciplina dell'esclusione si atteggia quindi - come appare dalla lettura coordinata delle norme ora richiamate - in maniera analoga a quella del recesso: accanto alle ipotesi legali possono essere costruite ulteriori fattispecie convenzionali. In questo secondo caso, tuttavia, il legislatore fissa espressamente le coordinate entro cui possono “muoversi” i soci. Infatti le ipotesi di esclusione convenzionali debbono essere specifiche e riconducibili al presupposto della giusta causa: naturalmente si tratta di confini a loro volta elastici e che possono essere variamente definiti.

Non sono per contro previste ipotesi di esclusione giudiziaria o di diritto.

Nel cercare di individuare ipotesi di esclusione riconducibili alla giusta causa gli interpreti hanno spesso fatto riferimento alle cause di esclusione dettate per le società di persone e quindi, tra le altre, al fallimento del socio.

Come si è rilevato, nell'ambito delle società di persone il fallimento del socio è causa di esclusione di diritto. E' lo stesso legislatore quindi a prevedere l'effetto della dichiarazione di fallimento sul rapporto in corso, applicando, in deroga alla regola generale della sospensione con facoltà di scelta del curatore, quella consistente nello scioglimento automatico del rapporto. E ciò in coerenza con le conseguenze derivanti dall'assunzione della posizione di socio, con particolare riferimento al rischio della responsabilità personale per le obbligazioni sociali.

Differente pare la prospettiva nel caso in cui l'esclusione del socio a causa del suo fallimento costituisca l'oggetto di una scelta operata dai soci nell'atto costitutivo.

Non sembrerebbe possibile introdurre una clausola che legittimi i soci o gli amministratori ad escludere il socio fallito. Infatti tale clausola consentirebbe agli organi della società di incidere, almeno sotto il profilo qualitativo, sul patrimonio del fallito dopo la dichiarazione di fallimento: il curatore, a seguito dell'esclusione, non potrebbe più acquisire una partecipazione, ma rientrerebbe nella massa attiva un credito. Un

⁴ V. LICCARDO – FEDERICO, *op. cit.*, p. 1778; BENZI, *op. cit.*, p. 1253.

STUDI E OPINIONI

PACCHETTI DI CONTROLLO E PROCEDURE CONCORSALE

simile effetto, tale da modificare la composizione dell'attivo fallimentare, non pare possa derivare da una scelta operata da terzi.

Ma neanche l'ipotesi dell'esclusione di diritto a causa del fallimento del socio sembrerebbe ammissibile, alla luce della nuova disciplina introdotta dal sesto comma dell'art. 72 l. fall.. Esso prevede che le clausole negoziali che facciano dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento siano da considerare inefficaci. Nel caso in esame l'esclusione, che rappresenta una particolare applicazione alla società dell'istituto generale della risoluzione del contratto, dipenderebbe appunto dall'intervenuto fallimento.

Alla luce della norma ora richiamata sembrerebbe quindi che il fallimento del socio di società a responsabilità limitata non possa essere introdotto nell'atto costitutivo come causa di esclusione del socio.

1.3. La società per azioni

Come si è già sottolineato, l'art. 106 l. fall., pur prevedendo nella rubrica la cessione di azioni, non contiene alcuna disposizione al proposito. Di qui il dubbio in ordine alla possibilità di estendere la disciplina, dettata per il trasferimento di partecipazioni in società a responsabilità limitata non liberamente trasferibili, a quello di azioni la cui circolazione sia sottoposta a limiti.

Secondo l'opinione prevalente, che trova un qualche "indizio" nel riferimento contenuto nella rubrica della norma, la regola fissata per la società a responsabilità limitata varrebbe anche per quella per azioni. Alla luce di tale orientamento, nel caso di azioni e in presenza di clausole di prelazione o di gradimento, dovrebbe essere preliminarmente tentata la via di un accordo tra il curatore e la società e solo successivamente potrebbero essere poste in vendita le azioni attraverso le forme dell'incanto, con la possibilità, nel breve termine previsto dalla norma, della sostituzione di un altro acquirente che offra lo stesso prezzo.

La soluzione appare ragionevole, anche se la presenza di un dato testuale riferito alla sola società a responsabilità limitata costituisce sicuramente un ostacolo non del tutto agevole da superare⁵.

2. Vendita coattiva e garanzie

La disciplina codicistica dell'esecuzione forzata contiene una regola, inserita nel primo comma dell'art. 2922 c.c., per cui in tale ipotesi *"non ha luogo la garanzia per i*

⁵ Cfr. LICCARDO – FEDERICO, *op. cit.*, p. 1779 e ulteriori indicazioni in nota 33; nonché BENZI, *op. cit.*, p. 1253, per cui *"la mancanza di un esplicito rinvio nel corpo della norma potrebbe essere interpretata come la volontà del legislatore di escludere l'applicazione analogica del testo di legge alla disciplina delle società per azioni"*.

STUDI E OPINIONI

PACCHETTI DI CONTROLLO E PROCEDURE CONCORSALE

vizi della cosa”. La norma prosegue prevedendo che “non può essere impugnata per causa di lesioni”.

Assai discussa è la ricostruzione della vendita giudiziaria, come pure è controversa l’individuazione della *ratio* della regola per cui in tal caso non viene in considerazione la garanzia per i vizi della cosa.

La vendita coattiva è sicuramente un’*“operazione complessa risultante da un atto di volontà del compratore e da una disposizione coattiva del giudice. Le teorie elaborate in subiecta materia sono ascrivibili a due differenti filoni interpretativi. Da una parte, si collocano le teorie contrattualistiche, secondo le quali nessuna differenza strutturale di rilievo permetterebbe di sganciare la vendita forzata dal genus della vendita comune”*; *“dall’altra, le teorie pubblicistiche, che, sottolineando l’importanza del provvedimento giudiziale ai fini dell’effetto traslativo, finiscono per relegare l’offerta dell’aggiudicatario nell’ambito dei meri presupposti del primo”*⁶.

La soluzione prevalente in giurisprudenza è appunto quest’ultima⁷.

Ovviamente la ricostruzione in chiave pubblicistica della vendita giudiziaria assume notevole rilievo sotto il profilo operativo, comportando la disapplicazione di una serie di regole che trovano fondamento nella volontà delle parti.

Quanto al fondamento dell’esclusione della garanzia per i vizi della cosa, una risposta appagante non è del tutto agevole, essendosi fatto riferimento appunto al carattere pubblicistico della vendita forzata e quindi alla mancanza del connotato della volontarietà; oppure alle cautele applicabili all’espropriazione del debitore, oppure ancora all’attribuzione della maggiore stabilità possibile all’espropriazione. Si è anche sottolineato come possa apparire ingiustificata la sottrazione di strumenti di tutela a favore dell’acquirente, visto che *“in ultima analisi è colui che paga il prezzo di questa stabilità, perché i creditori sono stati soddisfatti sul prezzo, mentre il debitore si è visto estinguere il suo debito con un bene affetto da vizi”*: *“l’esclusione della garanzia per i vizi della cosa venduta, lungi dall’invogliare gli eventuali offerenti a partecipare alle vendite giudiziarie, come effettivamente statuiscano altre norme, potrebbe all’inverso costituire un disincentivo alla partecipazione di terzi offerenti alle alienazioni coattive stesse”*⁸.

La difficoltà di ricostruire la struttura della vendita giudiziaria, dando prevalenza agli aspetti contrattualistici o a quelli pubblicistici, con la conseguente difficoltà di individuare la disciplina applicabile, nonché i dubbi in ordine al fondamento dell’esclusione della garanzia per i vizi giustificano le incertezze interpretative

⁶ CHINE’, *Sull’“aliud pro alio” nella vendita forzata*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 1791 ss..

⁷ V., ad esempio, Cass, 9 dicembre 1966, n. 2884, in *Giust. civ.*, 1967, I, 955.

⁸ BONSIGNORI, *Effetti della vendita forzata e dell’assegnazione*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1988, p. 124 s..

STUDI E OPINIONI

PACCHETTI DI CONTROLLO E PROCEDURE CONCORSALE

nell'individuare la precisa area di applicazione dell'art 2922 c.c.. In particolare occorre verificare se debba considerarsi esclusa anche la garanzia per mancanza di qualità così come quella in presenza di "*aliud pro alio*".

Come si è ripetutamente osservato, l'art. 2922 c.c. si riferisce alla sola garanzia per i vizi. Espressamente non viene esclusa la garanzia per la mancanza di qualità.

Al proposito potrebbe venire in considerazione il carattere eccezionale della norma con conseguente interpretazione dell'ambito della stessa in modo rigoroso. Tuttavia, come si è osservato in dottrina⁹, "*nel caso di vendita forzata di un bene privo di qualità la stabilità del trasferimento coattivo, sia pure a solo vantaggio dei creditori e del debitore, ma in danno dell'aggiudicatario, deve attuarsi per un'esigenza di eguaglianza con l'ipotesi di vendita di cosa affetta da vizi. Diversamente si avrebbe una differenza di trattamento, tale da giustificarne l'incostituzionalità, in quanto non sorretta da alcuna ragione logica*".

Più complesso è con differente esito il discorso relativo all'estensione dell'esclusione all'ipotesi di consegna di *aliud pro alio*.

La Corte di Cassazione, con la sentenza del 3 ottobre 1991, n. 10320¹⁰, ha statuito – così la massima – che "*la regola, per la quale nella vendita forzata non ha luogo la garanzia per i vizi della cosa risulta inapplicabile all'ipotesi in cui l'immobile trasferito in vendita al terzo aggiudicatario sia diverso qualitativamente e quantitativamente da quello analiticamente ed uniformemente descritto negli atti della procedura espropriativa*", in quanto appunto si tratta di *aliud pro alio*. La Suprema Corte giunge a tale conclusione affermando l'annullabilità della vendita forzata perché viziato risulterebbe il consenso dell'aggiudicatario.

Sotto altro profilo si è pervenuto a tale risultato muovendo da presupposto che, con la consegna di una cosa diversa da quella aggiudicata, verrebbe meno lo stesso oggetto del trasferimento, con la conseguente nullità della vendita¹¹.

In dottrina si è osservato che "*l'immutabilità del trasferimento coattivo è espressamente disposta soltanto per i vizi della cosa coattivamente venduta, e inoltre si tratta di una statuizione che, senza fatica si può estendere alla mancanza di qualità, data l'esigenza di eguaglianza di trattamento tra le due ipotesi. Viceversa la situazione è assai diversa, per la maggior gravità della conseguenza nel caso di vendita coattiva di un aliud pro alio, per cui si può giustificare una diversa situazione, che implica la restituzione del bene, D'altronde anche la lettera dell'articolo non osta all'interpretazione poc'anzi sostenuta, proprio perché non vi si fa alcun riferimento*".

⁹ BONSIGNORE, *op. cit.*, p. 128 s..

¹⁰ In *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1792 con nota di CHINE', Sull'"aliud pro alio" nella vendita forzata.

¹¹ Cass., 3 dicembre 1983, n. 7233, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 226, con nota di DI RUZZA, *Vendita giudiziaria, "aliud pro alio", risoluzione per inadempimento*.

STUDI E OPINIONI

PACCHETTI DI CONTROLLO E PROCEDURE CONCORSALE

all'alienazione coattiva di un bene diverso da quello pignorato e di cui si ottenne l'ordinanza di autorizzazione alla vendita"¹².

L'interpretazione che esclude dall'area di applicazione dell'art. 2922 c.c. la consegna di cosa diversa da quella oggetto dell'aggiudicazione è stata ribadita anche recentemente dalla giurisprudenza di merito.

3. Vendita in sede fallimentare e garanzie

Non c'è dubbio che l'art. 2922 c.c. trova applicazione anche alle vendite in sede fallimentare¹³. Accogliendo le tesi sopra illustrate, la norma esclude la rilevanza dei vizi e delle mancanze di qualità della cosa oggetto di vendita forzata, mentre assume rilievo la fattispecie dell'*aliud pro alio*.

Nell'ipotesi di vendita di azioni o di partecipazioni senza l'assunzione di garanzie "pattizie", applicandosi tale regola, non assumeranno rilevanza neppure i vizi e le mancanze di qualità che concernano la partecipazione sociale (così come a maggior ragione i vizi e le mancanze di qualità relative al patrimonio sociale, che, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, non rilevano, qualora non fossero state introdotte clausole di garanzia). Per contro vengono in considerazione le fattispecie riconducibili all'ipotesi dell'*aliud pro alio*.

Non è però agevole individuare, con riferimento ai caratteri delle partecipazioni, quando sussista un vizio o una mancanza di qualità delle stesse o quando si rientri nell'ambito dell'*aliud pro alio*.

Certo, se la vendita fallimentare aveva per oggetto azioni della s.p.a. α e vengono consegnate azioni dell's.p.a. β , è evidente che ci si trova di fronte ad un'ipotesi di *aliud pro alio*. Meno evidenti sono altre fattispecie: la consegna di partecipazioni della s.r.l. A in luogo di azioni della s.p.a. A, oppure la consegna di quote della s.n.c. Delta in luogo delle azioni della società Delta configurano ipotesi di *aliud pro alio*? E' chiaro che, soprattutto nella seconda ipotesi, acquisire una partecipazione di una società che si ritiene di capitali e che in realtà è di persone, ha delle conseguenze notevolissime sul piano della responsabilità per obbligazioni sociali.

Naturalmente la vendita fallimentare potrebbe prevedere espressamente l'assunzione di garanzie in ordine sia ai caratteri della partecipazione, sia a quelli del patrimonio sociale.

¹² BONSIGNORI, *op. cit.*, p. 134. V. anche CHINE', *op. cit.*, c. 1793 s..

¹³ BONSIGNORI, *op. cit.*, p. 127 e indicazioni di giurisprudenza nella nota n. 12.

STUDI E OPINIONI

PACCHETTI DI CONTROLLO E PROCEDURE CONCURSUALI

4. I contratti pendenti aventi per oggetto la cessione di partecipazioni sociali

4.1. La nuova disciplina dei contratti pendenti

La disciplina dei contratti pendenti, delineata dalla legge fallimentare nella sua versione originaria, presentava, almeno ad una prima lettura, un carattere casistico e frammentario: il legislatore, nella sezione IV del capo III, prendeva in considerazione contratti tipici previsti nel codice civile (vendita, somministrazione, associazione in partecipazione, conto corrente, mandato, appalto, assicurazione), contratti tipici non disciplinati nel codice civile (contratto di edizione), sottotipi (così accanto alla disciplina della vendita si rinveniva quella della vendita a termine, a rate, a consegne ripartite, dei contratti di borsa; così era prevista la disciplina del mandato e della commissione), esclusivamente sottotipi (la sezione IV prevedeva gli effetti del fallimento sulla locazione immobiliare, non sulla locazione in generale).

Da tale normativa restavano esclusi non solo i contratti atipici, ma anche alcuni modelli tipici: si poneva quindi un problema di ricerca della disciplina degli effetti del fallimento non solo con riferimento ai contratti atipici, ma anche in relazione agli stessi contratti tipici non previsti negli artt. 72 ss. 1. fall. (o in altre norme che regolassero gli effetti del fallimento sui rapporti preesistenti).

Tuttavia, al di là del carattere frammentario della disciplina, era possibile, abbastanza agevolmente, ricostruire il "sistema", che si componeva di tre regole fondamentali. Il cardine dello stesso era da individuare nel principio della sostituzione facoltativa del curatore nella posizione del contraente fallito: l'esecuzione del contratto rimane sospesa, al curatore spetta la facoltà di scelta fra il subentro (con conseguente soddisfacimento integrale dei crediti) o lo scioglimento dal contratto.

La seconda regola era quella dell'esclusione della sostituzione del curatore: il contratto, a seconda dei casi, continua con il fallito o si scioglie automaticamente a causa del fallimento.

Infine era presente la regola della sostituzione automatica: il curatore, quando viene in considerazione tale principio, subentra, per il solo effetto del fallimento, nella posizione del contraente dichiarato fallito.

Secondo un'opinione diffusa in dottrina ed in giurisprudenza, sussisteva una "gerarchia" tra le tre regole ora enunciate: la sostituzione facoltativa del curatore costituiva quella generale, l'esclusione della sostituzione o la sostituzione automatica rappresentavano eccezioni.

Il problema che si poneva, a questo punto, era se la serie dei contratti tipici o dei sottotipi contrattuali a cui si applicava una delle tre regole fosse da considerare chiusa o aperta.

La riforma della legge fallimentare ha profondamente innovato rispetto alla disciplina anteriore relativa ai contratti pendenti, trasformando espressamente il "sistema" da "aperto" in "chiuso", nel senso che la regola della sostituzione facoltativa

STUDI E OPINIONI

PACCHETTI DI CONTROLLO E PROCEDURE CONCURSUALI

ha oggi assunto carattere di principio, mentre quelle della sostituzione o della continuazione automatica hanno carattere eccezionale. Recita infatti l'art. 72 l. fall., al primo comma: *“se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo”*.

Questa è sicuramente un'innovazione di fondamentale rilievo. Il legislatore è poi intervenuto, introducendo nuove regole (sia di carattere generale, relative ai contratti pendenti, sia con riferimento a singole fattispecie: contratti relativi ad immobili da costruire; finanziamenti destinati; locazione finanziaria; clausola arbitrale). Ha inoltre inciso, in modo più o meno accentuato, sulle norme già esistenti.

Occorre tuttavia esaminare fino a che punto il nuovo sistema possa ritenersi “chiuso”: in altre parole, gli interpreti e gli operatori dovranno verificare se in ogni caso i contratti, a cui non siano espressamente applicate le regole “eccezionali”, siano soggetti al principio generale della sospensione facoltativa.

4.2. Il contratto pendente avente per oggetto il trasferimento delle partecipazioni

Nell'ipotesi di un contratto in corso di esecuzione che abbia per oggetto il trasferimento delle partecipazioni sociali verranno in considerazione le regole sui contratti pendenti esaminate nelle pagine precedenti.

In primo luogo, ovviamente, dovrà trattarsi di un contratto in corso di esecuzione al momento della dichiarazione di fallimento e quindi di un contratto non integralmente eseguito dall'una o dall'altra parte. Potrebbe, ad esempio, essere stata pagata una parte del prezzo e quindi in un momento successivo alla dichiarazione di fallimento l'acquirente delle partecipazioni avrebbe dovuto versare le altre rate del prezzo e il saldo e il venditore trasferire le partecipazioni. Oppure potrebbe trattarsi di un contratto preliminare, la cui esecuzione attraverso il definitivo fosse prevista per una data successiva alla dichiarazione di fallimento.

Come si è già osservato l'eventuale clausola contenuta nel contratto traslativo delle partecipazioni che prevedesse il suo scioglimento in caso di fallimento di una delle parti è oggi qualificata come inefficace dall'art. 72, comma sesto l. fall.. Per contro, ove fosse intervenuta la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento in data anteriore alla dichiarazione di fallimento, questa sarebbe opponibile alla Procedura. Come pure sarebbe opponibile alla Procedura, l'eventuale passaggio di proprietà delle azioni intervenuto in data anteriore alla dichiarazione di fallimento.

STUDI E OPINIONI

PACCHETTI DI CONTROLLO E PROCEDURE CONCURSUALI

Come si è osservato nelle pagine precedenti, in presenza di un contratto di trasferimento delle partecipazioni pendenti al momento della dichiarazione di fallimento, il Curatore ha la possibilità di optare per lo scioglimento del medesimo oppure per il subentro nel contratto dandone esecuzione integrale.

Come è stato osservato “*il principio del rispetto integrale del contratto comporta anche che il Curatore sia tenuto alle garanzie per i vizi della cosa e per l’evizione*”¹⁴.

Applicando tale corollario al nostro caso risulta pertanto che verranno in considerazione, in primo luogo, le garanzie che la legge pone a carico del trasferente le partecipazioni sociali e quindi, almeno stando all’interpretazione prevalente, quelle riferibili alle partecipazioni stesse. Ove si ritenesse che le garanzie legali si estendano anche, almeno entro certi limiti e a certe condizioni, al patrimonio sociale e comunque in presenza di clausole di garanzia, queste verranno in considerazione anche nel caso di subentro del Curatore nella posizione del venditore. Pertanto non verranno meno gli obblighi di garanzia generici o specifici inseriti in clausole contrattuali nel caso di subentro del Curatore nell’esecuzione del contratto.

Il contratto traslativo potrebbe anche contenere clausole incompatibili con la Procedura. Si pensi ad esempio a clausole di *put and call* che comportino obblighi di acquisto o di vendita di partecipazioni che siano in contrasto con le regole che disciplinano le modalità di realizzazione dell’attivo.

Il problema è sicuramente delicato ed ha una portata più vasta rispetto al tema in esame. Tuttavia i contratti di cui si parla possono essere un significativo banco di prova per affrontarlo.

Da un lato, il subentro del Curatore non può che essere, come dice lo stesso legislatore, una sostituzione che comporta l’integrale esecuzione del contratto. Pertanto il Curatore non può modificare il contratto stesso. D’altra parte, sembra difficile ipotizzare che possano essere posti in essere atti in esecuzione di clausole incompatibili con la disciplina fallimentare. La soluzione che sembrerebbe più coerente, a tutela sia dei diritti del contraente *in bonis*, sia delle regole della Procedura, pare quella di ritenere che nel caso in esame il Curatore non possa subentrare nel contratto, ma debba sciogliersi da esso¹⁵.

Ovviamente anche con riferimento al contratto traslativo di partecipazioni potrà venire in considerazione l’azione revocatoria nei casi previsti dal legislatore (si pensi, ad esempio, all’ipotesi di prestazioni “sproporzionate”).

¹⁴ GUGLIELMUCCI, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p. 76

¹⁵ GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, *loc. cit.*.

STUDI E OPINIONI

PACCHETTI DI CONTROLLO E PROCEDURE CONCORDATARIE

5. Concordati, accordi di ristrutturazione dei debiti e cessione di partecipazioni

Come è noto, l'art. 160 l. fall., nel disciplinare il piano concordatario, prevede un'ampia possibilità di soluzioni, lasciando agli operatori di scegliere le strade più opportune per il soddisfacimento dei creditori e l'eventuale "salvataggio" dell'azienda o di rami aziendali. Una delle vie percorribili è quella della conversione dei debiti in strumenti di patrimonio netto e quindi in azioni o in strumenti finanziari partecipativi, così da soddisfare, attraverso un accordo, le ragioni dei creditori, permettendo in tal modo anche la prosecuzione in tutto o in parte dell'attività societaria.

Si pensi, ad esempio, alla costituzione di una nuova società attraverso il conferimento ad essa dell'azienda o di rami dell'azienda dell'impresa in crisi e l'attribuzione delle relative azioni ai creditori. Si è sottolineato come potrebbero utilizzarsi anche, e forse in via preferenziale, strumenti finanziari di tipo partecipativo, che consentirebbero ai creditori, e in particolare agli istituti bancari, di partecipare alla gestione della società, senza modifiche degli assetti proprietari.

Tali tipi di operazioni, la cui disciplina giuridica non è stata ancora forse oggetto di sufficiente attenzione, presentano molti profili problematici sia dal punto di vista ricostruttivo, sia da quello operativo.

A parte le difficoltà di innesto della disciplina delle operazioni societarie (conferimenti, aumenti di capitale, emissione di strumenti finanziari partecipativi, emissione di obbligazioni, trasformazioni, fusioni, scissioni) con quella concorsuale, delicati interrogativi si pongono sia sotto il profilo contabile, sia sotto quello delle regole che possono venire in considerazione nei rapporti tra debitore in crisi e creditore.

Qualora venissero offerte ai creditori azioni di una nuova società, la cessione di esse sarebbe soggetta alle regole proprie della vendita fallimentare oppure, trattandosi di una sorta di accordo con i creditori, alle normali norme in materia contrattuale?

La soluzione nel primo senso, come si è osservato nelle pagine precedenti, escluderebbe l'applicazione della disciplina delle garanzie per i vizi. Il carattere "privatistico" della procedura di concordato preventivo e la centralità dell'accordo tra debitore e creditore sembrerebbero far propendere per l'esclusione dell'applicazione delle norme in tema di vendita fallimentare. In ogni caso il piano potrebbe prevedere la presenza di clausole di garanzia a favore dei creditori.

I rilievi ora formulati con riferimento al concordato preventivo possono estendersi anche agli accordi di ristrutturazione.

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL REVISORE LEGALE ALLA LUCE DEL D. LGS. 39/2010

Il saggio esamina le innovazioni apportate alla disciplina della revisione contabile ad opera del d. lgs. 39/2010, già dai più definito Testo Unico della revisione legale. In particolare, si concentra l'attenzione sugli aspetti innovativi in tema di responsabilità civile dei soggetti revisori, attraverso l'analisi del contesto internazionale in cui la Direttiva 2006/43/CE ha visto la luce e delle soluzioni peculiari adottate dal legislatore italiano nel recepire la stessa all'interno dell'ordinamento nazionale.

di GIANPAOLO CIERVO

1. Il quadro normativo

Il d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 rappresenta il punto di arrivo, all'interno del nostro ordinamento, di un processo di attenzione crescente da parte del legislatore nazionale e comunitario per la revisione legale dei conti. Il succitato decreto legislativo recepisce all'interno dell'ordinamento italiano la Direttiva 2006/43/CE in materia di revisione legale dei conti, che a sua volta costituisce la risposta europea agli scandali finanziari-contabili verificatisi nell'ultimo decennio e annovera tra le sue finalità quella di ripristinare la fiducia nella revisione contabile e nei mercati finanziari¹. La Direttiva del 2006, influenzata dall'esperienza statunitense del Sarbanes-Oxley Act (SOX) del 2002, ha profondamente innovato la disciplina comunitaria in materia, rappresentando un salto di qualità sotto numerosi aspetti, non ultimo quello della maggiore chiarezza attraverso l'introduzione della definizione di "revisione legale dei conti"². Al

¹ La Direttiva 2006/43/CE rappresenta la risposta europea agli scandali che hanno scosso il mercato mobiliare dalla fine del 2001, responsabili del *crack* di società del calibro di *Enron*, *Tyco International* e *WorldCom*; a tali scandali, che a detta di molti hanno rappresentato le fondamenta della attuale crisi economica, è seguita l'emanazione del *Sarbanes-Oxley Act*, controfirmato il 30 luglio 2002 dal Presidente degli Stati Uniti d'America G. W. Bush, predisposto con l'obiettivo di incoraggiare la ripresa delle contrattazioni del mercato mobiliare ripristinando la fiducia dei risparmiatori. Si v., *amplius*, M. TONELLO, *Corporate Governance e tutela del risparmio*, Padova, 2006, p. 35 ss.

² Il d. lgs. 39/2010, in vigore dal 7 aprile 2010, ridefinisce come "revisione legale" i previgenti "controllo contabile" e "revisione contabile", al fine di promuovere una armonizzazione in un unico concetto delle tematiche relative ai citati ambiti a livello internazionale.

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

recepimento della stessa è seguito un importante intervento sull'impianto codicistico e sulle principali leggi collegate, quali il t.u.f., il t.u.b. ed il codice delle assicurazioni, attraverso la sostituzione e l'abrogazione di numerose norme e la diretta regolamentazione di rilevanti aspetti della materia ad opera del decreto legislativo in commento.

Peraltro, l'introduzione nel nostro ordinamento di alcuni aspetti della nuova disciplina europea era già avvenuta attraverso il d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (c.d. Riforma del diritto societario), il d. lgs. 6 febbraio 2004 e, soprattutto, ad opera della l. 28 dicembre 2005, n. 262 (c.d. Legge sul risparmio) che l'aveva anticipata integrando le norme previste dal d. lgs. 58/1998 (c.d. t.u.f.) in materia di requisiti di indipendenza dei revisori e delle società di revisione legale incaricati della revisione legale presso società quotate³.

Tuttavia, illustre assente nella disciplina comunitaria resta tuttora la previsione di una normativa europea uniforme in tema di responsabilità civile del soggetto revisore, riguardo alla quale la Direttiva 2006/43/CE non ha preso posizione, lasciando ai singoli legislatori nazionali l'onere di modificare il proprio ordinamento conformemente alle

³ Riveste ora fondamentale importanza la dettagliata definizione di "ente di interesse pubblico", di cui al Capo V del d. lgs. 39/2010, che comprende le imprese cui il legislatore comunitario attribuisce particolare valore sul piano degli interessi pubblici. Tralasciando l'elencazione degli enti di interesse pubblico di cui all'art. 16 del succitato decreto, si segnala che questi costituiscono categoria più ampia rispetto ai soggetti che emettono strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati. Negli Enti di interesse pubblico la revisione non può essere esercitata dal collegio sindacale, il quale, tuttavia, conserva funzioni di comitato per il controllo interno e la revisione dei conti. Almeno uno dei componenti del comitato deve essere scelto tra gli iscritti al registro dei revisori legali (art. 16, comma 2). Si prevede inoltre che siano individuate le società controllanti, controllate e "sorelle" di una quotata che, per ragioni di interesse pubblico all'accuratezza e all'affidabilità dell'informativa finanziaria, sono qualificate enti di interesse pubblico (comma 4). L'obiettivo è, in questo caso, selezionare specifiche ipotesi di società che, pur non essendo quotate, per il tipo di attività svolta o per i particolari legami intrattenuti con le altre società del gruppo, siano in grado di influenzare in modo rilevante la situazione economica, patrimoniale e finanziaria del gruppo stesso. A queste società si applicheranno tutte le disposizioni speciali previste dal decreto per gli enti di interesse pubblico e non solo il divieto di affidare al collegio sindacale i compiti di revisione legale. Peraltro, si prevede (comma 5) che la stessa Consob possa esentare le società del gruppo qualificate come enti di interesse pubblico dall'obbligo di osservare una o più disposizioni speciali del decreto dedicate proprio a questa tipologia di società (si v. la Circolare n. 19296, diffusa nell'Aprile 2010 da Confindustria). In riferimento alla disposizione che impedisce agli enti di interesse pubblico di affidare il controllo contabile al collegio sindacale, si v. *amplius* COMITATO DI STUDIO IN MATERIA DI REVISIONE LEGALE DELL'ODCEC DI TORINO, *Il DLgs. 39/2010 sulla revisione legale dei conti: disposizioni di immediata applicazione, Schede di Aggiornamento on line Eutekne*, disponibile all'indirizzo www.ugdemonferrato.it.

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

linee guida illustrate nella “Raccomandazione relativa alla limitazione della responsabilità civile dei revisori legali dei conti e delle imprese di revisione contabile” del 5 giugno 2008⁴.

⁴ Il tema della responsabilità dei revisori è stato affrontato per la prima volta a livello comunitario negli anni '70 dello scorso secolo, con la presentazione della Proposta di Quinta Direttiva Societaria in tema di struttura della s.p.a.. Nel 2001 fu realizzata, su incarico della Commissione europea, la ricerca “*A study on systems of civil liability of statutory auditors in the context of a Single Market for auditing services in the European Union*” (consultabile all’indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditliability_en.pdf) con l’obiettivo di verificare se le differenze esistenti tra i regimi nazionali in tema di responsabilità dei revisori potessero costituire un ostacolo all’armonizzazione della disciplina nell’ottica della creazione di un mercato unico dei servizi di revisione. Il tema è ora trattato dalla Ottava Direttiva, aggiornata ad opera della Direttiva 2006/43/CE, la quale, peraltro, non offre una soluzione in materia ma rinvia alla presentazione di una relazione, a cura della Commissione, relativa all’impatto delle normative nazionali vigenti in materia sul mercato internazionale della revisione contabile e sulle condizioni di assicurazione per i revisori e le imprese di revisione, eventualmente seguita da una consultazione pubblica. La relazione, presentata il 4 ottobre 2006 (LONDON ECONOMICS IN ASSOCIATION WITH PROFESSOR RALF EWERT, *Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes (MARKT/2005/24/F), Final report to EC-DG Internal market and Services*, disponibile all’indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/liability/index_en.htm) ha evidenziato la presenza di forti barriere all’entrata e di un elevato livello di concentrazione delle imprese di revisione in ciascun Stato membro, indicando l’ordinamento italiano come quello con i maggiori livelli di criticità per il mercato della revisione contabile, a causa del regime di responsabilità illimitata e solidale che caratterizza il nostro ordinamento. A tale studio ha fatto seguito una pubblica consultazione nel 2007, avviata sulla base dell’art. 31 della Direttiva 2006/43/CE, che ha reso evidente come l’obiettivo di armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri in materia sia perseguito da parte delle istituzioni comunitarie nell’ottica di un superamento del modello di responsabilità illimitata e solidale in favore di modelli che prevedano una limitazione della responsabilità dei revisori. Successivamente a tale pubblica consultazione e ad una ulteriore ricerca indipendente presentata nell’ottobre del 2007 (“*Ownership rules of audit firms and their consequences for audit market concentration*”, consultabile all’indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/market/oxera_report_en.pdf), si è deciso in sede comunitaria di non imporre per il momento una armonizzazione degli ordinamenti nazionali in materia di revisione contabile e ci si è limitati ad invitare gli stati membri (attraverso la Raccomandazione del 5 giugno 2008, C(2008)2274, consultabile all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:162:0039:0040:IT:PDF>) ad intervenire a livello dei singoli ordinamenti nazionali (in Italia attraverso il d. lgs. 39/2010) per limitare la responsabilità civile dei revisori dovuta ad una violazione non intenzionale dei loro doveri professionali. Nonostante la mancata presa di posizione a livello europeo circa la armonizzazione degli ordinamenti nazionali in materia, il tema continua a suscitare notevole interesse a livello comunitario e ciò è dimostrato dalla “*Risoluzione del Parlamento europeo del*

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

Proprio il modo in cui il nostro legislatore ha recepito tale raccomandazione costituisce uno degli aspetti di maggiore interesse nell'analisi del succitato decreto legislativo; nonostante le numerose critiche degli "addetti ai lavori" al decreto legislativo in questione, che muovono dalla scarsa significatività proprio delle innovazioni in tema di responsabilità civile dei revisori e dalla cattiva tecnica redazionale dei relativi enunciati, le novità dal decreto richiedono una breve trattazione, non foss'altro per il fatto dell'immediata entrata in vigore di alcune disposizioni a far data dal 7 aprile 2010⁵.

2.1. Reputation, regulation e litigation nella revisione legale

Il revisore contabile - *rectius* revisore legale, come ridefinito dal d. lgs. 39/2010 - è un soggetto sul quale si è recentemente focalizzata l'attenzione internazionale, in seguito agli scandali Enron, per quanto riguarda il mercato finanziario statunitense, e Parmalat, relativamente al mercato italiano ed europeo. In relazione alla funzione di *gatekeeper* che tale figura riveste, esso è divenuto il soggetto professionale per eccellenza sul quale si riversano le tensioni del mercato stesso, in quanto "cuscinetto" tra la domanda e l'offerta di strumenti finanziari, con il ruolo di ridurre il *gap* informativo che esiste tra tali fattori economici⁶.

Da un lato, il revisore contabile e le società di revisione svolgono un'attività cruciale per le imprese, in quanto garantiscono, attraverso la propria *reputation*, la credibilità delle stesse, dando loro la possibilità di spendere sul mercato tale credibilità

10 marzo 2009 sull'attuazione della direttiva 2006/43/CE relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati" (consultabile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:087E:0023:0027:IT:PDF>) attraverso la quale "si invita la Commissione ad informare il Parlamento, non oltre il 2010, sull'impatto e sul seguito prodotto dalla raccomandazione". Per ulteriori considerazioni in argomento, che non possono trovare spazio in questo contributo, si v. M. RONDINELLI, *Per un ripensamento della responsabilità civile dei revisori*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 629 ss..

⁵ Anche se l'attuazione di numerosi aspetti innovativi avverrà attraverso regolamenti specifici che ne disciplineranno le concrete modalità di esecuzione, alcune disposizioni sono immediatamente operative e tra queste assume particolare rilevanza la nuova procedura di conferimento dell'incarico di revisione contabile da parte del collegio sindacale, anziché su proposta del consiglio di amministrazione. Le reazioni a tale immediata operatività sono state unanimemente negative ed hanno evidenziato che, oltre all'impatto negativo che la crisi mondiale ha avuto sui bilanci, le imprese hanno dovuto prendere confidenza con le nuove regole già dall'esercizio in corso. Per una efficace ricostruzione delle conseguenze immediate all'interno delle assemblee dei soci, si v. *La riforma della revisione legale. Mai un ritardo al momento giusto*, in *Il Sole 24 ore*, 27 marzo 2010.

⁶ Si v. J. D. COX, *The Oligopolistic Gatekeeper: The U.S. Accounting Profession. After Enron: improving corporate law and modernizing securities regulation in Europe and the U.S.*, Chapter 9, Oxford, Forthcoming; Duke Law School Legal Studies Paper No. 117.

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

per finanziarsi in modo più agevole rispetto all'apertura di credito presso operatori bancari.

Dall'altro - in ragione del fatto che il revisore contabile dovrebbe avere meno propensione rispetto alle imprese ad ingannare il pubblico, considerato il limitato margine di guadagno costituito dal proprio onorario e la necessità di mantenere la propria *reputation*, funzionale all'ottenimento di ulteriori incarichi⁷ - esso è un soggetto privato che fornisce un servizio fondamentale per le autorità di vigilanza che, all'interno dei singoli Stati, sono deputate al controllo del mercato finanziario; nell'ordinamento italiano, in particolare, il revisore costituisce il tramite tra le imprese e la Consob, l'occhio attraverso il quale l'autorità di vigilanza svolge concretamente il proprio compito istituzionale.

A causa del loro ruolo essenziale, le pressioni nei confronti dei revisori contabili si sono fatte via via più intense, fino al verificarsi sempre più frequente di fenomeni di c.d. "cattura del revisore", agevolati dal fatto che il revisore è generalmente scelto e remunerato, nell'ordinamento italiano in particolare, dalla società stessa che deve essere revisionata, ed in particolare dallo stesso consiglio di amministrazione sul quale deve concentrarsi l'attività di controllo.

La maggiore consapevolezza di tali fenomeni ha portato il Parlamento europeo prima, e il legislatore italiano recentemente, a modificare parzialmente la procedura di conferimento dell'incarico al revisore, includendo in particolare tale aspetto tra le innovazioni immediatamente esecutive a far data dal 7 aprile 2010⁸.

⁷ La *reputation* del revisore è il più importante fattore di *governance* dell'industria della revisione contabile, in quanto rappresenta l'interesse egoistico del revisore a conservare un livello determinato di credibilità nel mercato della revisione. Per le società di revisione, soprattutto se reti primarie di revisione contabile, la reputazione rappresenta il motore principale del proprio *business*, e la perdita della stessa è cruciale a tal punto da aver costituito l'unica ragione della dissoluzione di una impresa multinazionale quale *Arthur Andersen*. A conferma di ciò vi è il fatto che il compimento di attività illecite all'interno delle grandi società di revisione avviene spesso ad opera di esponenti delle stesse i quali non sono partecipi dell'interesse dell'azienda e possono orientarsi verso comportamenti speculativi consumando a proprio vantaggio la reputazione della società. Si v. *amplius* G. PRESTI, *La responsabilità del revisore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, p. 162.

⁸ L'intervento del Parlamento europeo si inserisce nel più ampio dibattito, affrontato in tutti i paesi più industrializzati, relativo all'opportunità di un intervento di limitazione della responsabilità in cui possono incorrere le società di revisione, al fine di impedire che tali azioni di responsabilità possano comportare la sparizione dal mercato di altre reti di revisione c.d. primarie, dopo l'uscita dal novero delle *Big five* della rete di revisione *Arthur Andersen*, in seguito al *crack Enron*. Alcuni studi hanno cercato di quantificare il rischio effettivo che una delle quattro grandi reti rimaste possa sparire, in dipendenza di sanzioni penali e civili presenti nei diversi ordinamenti. Il Parlamento europeo ed il Consiglio, attraverso la direttiva 2006/43/CE, hanno richiesto che la Commissione presenti una relazione sull'impatto che le

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

E' stato previsto che sia l'assemblea dei soci, su proposta motivata (non più del consiglio di amministrazione, bensì) dell'organo di controllo, a conferire l'incarico di revisione legale dei conti; nelle intenzioni del legislatore dunque, l'organo di controllo - il collegio sindacale, nella stragrande maggioranza dei casi - non deve più essere solamente "sentito", come avveniva nel vigore della disciplina previgente, ma deve formulare una vera e propria proposta motivata.

Sebbene in teoria venga attribuito al collegio sindacale il potere di scegliere i revisori legali, non è detto che in concreto ciò possa davvero avvenire; è infatti ipotizzabile che la proposta motivata, anche in virtù del fatto che la definizione del corrispettivo deve avvenire da parte dell'organo di gestione, finisca per diventare una semplice ufficializzazione, da parte dell'organo di controllo, delle indicazioni ricevute dal consiglio di amministrazione e maturate in seno allo stesso. Ciò ridimensionerebbe notevolmente la portata della novità, la cui *ratio* deve individuarsi nella volontà di recidere qualunque legame tra i controllori contabili e coloro che dovrebbero essere controllati, risultato che appare utopistico almeno sin tanto che sia amministratori che sindaci restino emanazione della medesima maggioranza assembleare.

Una novità assoluta rispetto alla disciplina previgente e strettamente connessa a quella testè illustrata è rappresentata dal potere previsto in capo all'assemblea di stabilire criteri di adeguamento del corrispettivo dei revisori contabili durante l'incarico. Obiettivo di tale previsione è di evitare che la necessità di adeguare il corrispettivo per l'attività di revisione, in ragione di fatti sopravvenuti che abbiano modificato le condizioni di fatto in cui l'attività si svolge, richieda una rinegoziazione tra i revisori e gli amministratori che potrebbe rappresentare una leva efficace per condizionare l'attività dei revisori stessi⁹.

discipline nazionali in materia di responsabilità dei revisori dei conti esercitano sulla situazione economica ed assicurativa dei revisori legali e delle imprese di revisione contabile. La Commissione ha commissionato una analisi obbiettiva sulla concreta estensione della responsabilità patrimoniale all'economista tedesco esperto di revisione, Professor Ralf Ewert; questi, con l'assistenza dell'*Auditors' Liability Forum*, istituito nel novembre del 2005, ha svolto tale indagine e pubblicato il c.d. "*Final report*" (si v. LONDON ECONOMICS IN ASSOCIATION WITH PROFESSOR RALF EWERT, Study on., *op. cit.*). Il *Final report* ha indicato l'Italia come il paese che in Europa presenta il maggior rischio di sparizione di una rete di revisione primaria a causa di azioni di responsabilità esercitate nei confronti dei revisori contabili: su 69 casi pendenti in Europa di valore superiore ai dieci milioni di dollari, che coinvolgono reti di revisione contabile, 21 sono quelli pendenti in Italia. Il legislatore italiano è dunque stato chiamato ad intervenire su più fronti per ridurre il rischio che azioni milionarie contro tali reti primarie possano causare una ulteriore concentrazione del mercato dei revisori contabili.

⁹ Si v. P. GIUDICI, *La nuova disciplina della revisione legale*, commento al d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, in *Le società*, 2010, p. 536, nota 12, il quale elenca tra le situazioni in relazione alle quali può essere previsto un criterio di adeguamento automatico, a titolo esemplificativo,

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

Quantunque tale innovazione sia astrattamente condivisibile, nella pratica risulta difficile immaginare che l'assemblea possa prevedere dettagliati meccanismi automatici di adeguamento in relazione a tutte le possibili evenienze che possano verificarsi durante l'espletamento dell'incarico, spesso assai prolungato nel tempo, da parte del revisore legale o della società di revisione¹⁰. Si può di conseguenza ipotizzare che tale

“l'aumento o la riduzione della dimensione dell'impresa, o l'ingresso dell'impresa cliente in mercati le cui attività creano problemi contabili nuovi e diversi rispetto a quelli inizialmente considerati dal revisore nel formulare la propria proposta di compenso”.

¹⁰ Relativamente alla durata dell'incarico, l'art. 13, comma 2, d. lgs. 39/2010 stabilisce che l'incarico ha durata di tre esercizi per quelle imprese che non rientrano all'interno della categoria degli enti di interesse pubblico. Per quelle che fanno parte di quest'ultima categoria, invece, l'art. 17 riprende la formula dell'art. 159, comma 4, t.u.f., nel prevedere che *“l'incarico di revisione ha la durata di nove esercizi”* per le società di revisione e di sette esercizi per i revisori persone fisiche; quest'ultimo termine temporale era imposto dalla direttiva stessa che, relativamente agli enti di interesse pubblico, era molto più rigida e prevedeva adempimenti aggiuntivi quale l'obbligo di sostituzione del revisore persona fisica ogni sette anni dalla designazione, con la possibilità di assumere nuovamente l'incarico solo decorsi due anni dalla anzidetta sostituzione (si v. art. 42, direttiva 2006/43/CE). Deve evidenziarsi una differenza nella lettera delle disposizioni relative alla durata dell'incarico: mentre l'art. 17, comma 4, recita che *“l'incarico di responsabile della revisione dei bilanci di un ente di interesse pubblico non può essere esercitato dalla medesima persona per un periodo eccedente sette esercizi sociali”*, l'art. 13, comma 2 e l'art. 17, comma 1, prevedono rispettivamente che *“l'incarico ha la durata di tre esercizi, con scadenza alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio dell'incarico”* e che *“l'incarico di revisione legale ha la durata di nove esercizi per le società di revisione”*. La dottrina più attenta (si v. P. GIUDICI, *La nuova disciplina della revisione legale*, op. cit., p. 536), fa notare che *“tale differenza di linguaggio si trova anche nel codice civile, con riguardo alla carica dei sindaci”*, relativamente ai quali l'art. 2400, comma 1, c.c. prevede che *“essi restano in carica per tre esercizi”*, formula differente rispetto a quella utilizzata per gli amministratori ex art. 2383 c.c., nel quale si prevede che *“gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi”* (si v. inoltre G. CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, V, Torino, 1988, p. 193; G. DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XVI, Torino, 1985, p. 550; S. AMBROSINI, *Sub artt. 2400-2402 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2008, I, p. 882 ss.). Così come la diversa terminologia usata nelle formulazioni citate porterebbe a ritenere che la durata dell'incarico dei sindaci sia, a differenza di quella degli amministratori, inderogabile sia verso l'alto che, soprattutto, verso il basso, in ragione della tutela dell'indipendenza da un lato, ma anche della continuità nell'esercizio dell'ufficio, dall'altro, allo stesso modo sembrerebbe che i limiti di sette e tre esercizi previsti rispettivamente per il revisore persona fisica all'interno di enti di interesse pubblico e per quello all'interno di un'impresa che non rientra nella categoria degli enti di interesse pubblico, siano termini inderogabili esclusivamente verso l'alto e derogabili verso il

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

potere sarà esercitato dall'assemblea prevedendo clausole generali che svuoteranno parzialmente di significato la disposizione in esame, lasciando margini particolarmente ampi agli amministratori nella rinegoziazione dei compensi per l'attività di revisione.

2.2. L'aumento della *regulation* ed il divieto dei servizi *non audit*

L'intervento dei legislatori nazionale e comunitario, e prima ancora i drammatici *crack* finanziari che hanno sconvolto il mercato finanziario internazionale a far data dai primi anni 2000, hanno dimostrato che i fattori che tradizionalmente si oppongono alla cosiddetta "cattura del revisore" non sono sufficienti; essi, generalmente identificati con *reputation*, *regulation* and *litigation*, non rappresentano più uno strumento idoneo ad evitare che il rapporto diretto tra la società da revisionare ed il revisore diventi patologico.

Nonostante la c.d. *reputation* abbia sempre giocato un ruolo cruciale nella determinazione della condotta dei revisori, nel corso degli anni si sono verificati numerosi cambiamenti nel mercato della revisione contabile, che hanno modificato l'iniziale rilevanza del fattore reputazionale¹¹.

Ha dunque assunto un ruolo sempre più rilevante e penetrante quella che viene definita la *regulation*, ossia la regolazione pubblica degli aspetti dell'attività del revisore, quali i requisiti professionali o le modalità di svolgimento dell'incarico. Ciò nondimeno, anche se la determinazione di tali requisiti da parte del legislatore costituisce un importante strumento per intervenire *ex ante* sulle possibili violazioni e

basso; al contrario, il termine previsto per le società di revisione che svolgano l'attività per enti di interesse pubblico sarebbe efficace sia verso l'alto che verso il basso, con il risultato di imporre un termine vincolato particolarmente lungo, con effetti non trascurabili a livello di concorrenza tra imprese di revisione. Deve tuttavia ritenersi più opportuno considerare i termini previsti dal d. lgs. 39/2010 quali termini massimi e non minimi, in virtù dei quali l'incarico può rivestire una durata anche inferiore ai nove esercizi per le società di revisione, così come inferiore ai sette e ai tre esercizi per i revisori persone fisiche; ciò permetterebbe inoltre di allineare la durata degli incarichi degli amministratori e degli organi di controllo con quelli dei revisori contabili (nonostante alcuni ritengano che proprio il "disallineamento" costituisca la *ratio* sottostante alla previsione di termini così estesi). Si v. *amplius* P. GIUDICI, *La nuova disciplina della revisione legale*, *op. cit.*, p. 537.

¹¹ Nella letteratura statunitense si afferma che "*it is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest*"; è dunque essenziale affidarsi all'interesse egoistico del revisore a mantenere elevata la propria reputazione. Tuttavia, alcuni fattori hanno ridotto la rilevanza dell'elemento reputazionale per i revisori: innanzitutto la enorme redditività dei servizi *non audit*; in secondo luogo il disallineamento tra l'interesse delle società di revisione e quello dei suoi esponenti. Evidenziano chiaramente il problema della perdita di *reputation* delle grandi reti di revisione contabile MACEY AND SALE, *Observations on the Role of Commodification, Independence, and Governance in the Accounting Industry*, in *Villanova Law Review*, 48, 2003, p. 1169.

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

sui comportamenti illeciti attinenti la revisione contabile, nella prassi essa rischia di originare una fitta rete di adempimenti burocratici costosi e poco efficienti, produttivi di una *over-regulation* della materia il cui unico effetto finisce per essere l'osservanza meccanica di tali regole da parte dei destinatari delle stesse.

Attraverso il d. lgs. 39/2010, il legislatore ha optato per un ulteriore incremento della severità di numerose norme, quali quelle che regolano la nomina dei revisori, di cui si è già detto, e parimenti riguardo all'individuazione dei requisiti di indipendenza dei revisori stessi. Nonostante non possa procedersi in questa sede ad una analisi dettagliata ed esaustiva delle modifiche in tema di indipendenza dei soggetti revisori, deve evidenziarsi una delle innovazioni più rilevanti, ossia la forte presa di posizione riguardo al divieto per i revisori e per le società di revisione di prestare alcuni tra i c.d. servizi *non audit* alle imprese dalle quali ricevono gli incarichi di revisione; tali servizi, spesso resi non direttamente, bensì attraverso società affiliate alla rete di revisione, sono unanimemente individuati come la fonte principale della cosiddetta "cattura del revisore" e si ritiene abbiano determinato una progressiva e notevole riduzione della qualità dell'opera di revisione. I cosiddetti servizi *non audit* diventano, in alcuni casi, lo scopo ultimo della società di revisione, in quanto generalmente molto più redditizi rispetto alla semplice attività di controllo contabile; sempre più spesso quest'ultima attività costituisce anzi solo il tramite attraverso il quale accedere ad attività collaterali quali la consulenza finanziaria, quella legale e la pianificazione fiscale.

La direttiva, ed in modo equivalente il decreto, ha previsto il divieto di fornire tali servizi, differenziando la disciplina per le società che non rientrano nella classificazione di enti di interesse pubblico da quella prevista per le società che fanno parte di quest'ultima categoria: per le prime società è stata prevista una clausola generale, ai sensi della quale non può effettuarsi la revisione in tutti i casi in cui tra la società che conferisce l'incarico ed il revisore legale o la società di revisione legale o la rete "*sussistano relazioni finanziarie, d'affari, di lavoro o di altro genere, dirette o indirette, comprese quelle derivanti dalla prestazione di servizi diversi dalla revisione contabile, dalle quali un terzo informato, obiettivo e ragionevole trarrebbe la conclusione che l'indipendenza del revisore legale o della società di revisione legale risulta compromessa*"¹². Questa clausola generale è accompagnata da una serie di ulteriori disposizioni che rendono possibile la separazione dei servizi *audit* da quelli *non audit*, separazione che rappresenta il *leitmotiv* dell'intervento del legislatore; tra esse, rivestono particolare rilevanza quelle di cui ai commi 5 - 7, i quali prevedono che il revisore adotti misure e procedure idonee a rilevare i rischi per la propria indipendenza, finalizzate soprattutto a prevenire e ridurre *ex ante* le situazioni che possono

¹² Così *ex art.* 10, comma 2, d. lgs. 39/2010.

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

compromettere tale condizione, documentando le procedure adottate in modo che l'efficacia delle stesse possa essere vagliata all'interno del controllo sulla qualità¹³.

Particolarmente pervasiva è inoltre la disposizione di cui all'art. 10, comma 10, d. lgs. 30/2010, che stabilisce la necessità di un corrispettivo adeguato a garantire la qualità e l'affidabilità dei lavori di revisione contabile; questa disposizione è strettamente funzionale all'obiettivo di sottrarre il revisore all'influenza dei servizi *non audit* e al pericolo di trasformarsi in un *loss leader*, il cui compenso è determinato dal numero dei servizi *non audit* che riesce a "procacciare" alla società di revisione o in funzione della maggiore o minore redditività degli stessi¹⁴.

Per contro, la disciplina prevista per gli enti di interesse pubblico viene definita in modo assai più puntuale, prevedendo una lunga elencazione di servizi supplementari che sono vietati al revisore legale o alla società di revisione, se svolti nei confronti di una società per la quale siano già resi servizi *audit*¹⁵.

¹³ L'art. 10, comma 7, c.c. prevede che "il revisore legale o la società di revisione legale documenta nelle carte di lavoro tutti i rischi rilevanti per la sua indipendenza nonché le misure adottate per limitare tali rischi". Ciò è particolarmente rilevante all'interno della nuova disciplina di "controllo qualità" prevista nel capo VI del d. lgs. 39/2010, dagli artt. 20 ss.. Benchè i criteri per lo svolgimento del controllo di qualità debbano essere definiti dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) e dalla Consob attraverso specifiche procedure di attuazione, essi non potranno assicurare un livello di protezione inferiore rispetto a quelli previsti dall'art. 29 della Direttiva 2006/43/CE, i quali garantiscono un livello minimo di indipendenza dei sistemi di controllo qualità nonché un controllo pubblico sulle procedure medesime di controllo qualità.

¹⁴ Come efficacemente evidenziato da MACEY AND SALE, *Observations on the Role of Commodification.*, *op. cit.*, p. 1186: "Over time, accounting firms began to market professional services beyond the audit and those services became more profitable than the audits. The securities laws and regulations, however, required independent audits, so firms continued to sell them and companies continued to buy them - from audit partners, who in case of large accounts like Enron, had only one client".

¹⁵ L'art. 17, comma 3, d. lgs. 39/2010 riprende il testo dell'abrogato art. 160, comma 1 *ter*, t.u.f., lasciando tuttavia l'individuazione di ulteriori situazioni che possono compromettere l'indipendenza del revisore ad un successivo regolamento predisposto da Consob (proprio come già previsto dall'art. 160, comma 1, t.u.f.). L'art. 17, comma 3, d. lgs. 39/2010 prevede che i revisori legali, le società di revisione legale e le entità appartenenti alla loro rete, i soci, gli amministratori, i componenti degli organi di controllo e i dipendenti della società di revisione legale non possano fornire alcuno dei servizi elencati dall'articolo stesso all'ente di interesse pubblico che ha loro conferito l'incarico di revisione; tale divieto coinvolge anche le società controllate dallo stesso ente di interesse pubblico o che lo controllano o sono sottoposte a comune controllo. Tralasciando l'elencazione dei servizi vietati, si sottolinea come l'identità di testo tra i succitati articoli non possa dirsi perfetta in quanto nell'articolo in commento manca, rispetto alla lettera dell'art. 160, comma 1 *ter*, t.u.f., "il divieto di prestare servizi supplementari

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

2.3. Le innovazioni in punto responsabilità civile: la *litigation*

L'insufficienza della *reputation* e le inefficienze della *regulation* conducono necessariamente all'incremento nell'utilizzo dell'ultimo dei tre meccanismi atti a disciplinare la governance dell'industria della revisione: la responsabilità civile o *litigation*. Esso rappresenta al contempo un meccanismo *ex post* di regolazione delle conseguenze economiche prodotte da comportamenti illeciti ed un fattore disincentivante dei possibili comportamenti illeciti da parte dei soggetti revisori.

La materia della responsabilità civile dei revisori dei conti è attualmente al centro di un globale mutamento di tendenza che, paradossalmente, nonostante gli scandali finanziari recenti di cui i revisori sono stati complici, va verso l'ulteriore limitazione della loro responsabilità¹⁶. Ciò è dovuto ad una particolare situazione di rigidità dell'industria dell'*audit*, caratterizzata da un livello di concentrazione tale da potersi parlare di un oligopolio nelle reti di revisione primaria. Tale concentrazione ha richiesto una rimeditazione a livello internazionale delle disposizioni in materia di responsabilità, al fine di limitare la richiamata rigidità del mercato della revisione.

Innanzitutto, si è palesata la necessità che le disposizioni in materia di responsabilità riducano il rischio di una concentrazione ulteriore del mercato della revisione contabile, piuttosto che aumentarlo attraverso norme eccessivamente rigide; d'altra parte, tali regole devono essere sufficientemente elastiche, in modo da evitare che le compagnie che compongono questo oligopolio speculino sull'incapacità del mercato finanziario mondiale di sopportare ulteriori stravolgimenti del calibro di quello che ha portato all'uscita della società di revisione *Arthur Andersen* dal novero delle *Big Five*; infine, si fa sempre più pressante la necessità di adottare norme in materia di responsabilità civile che siano pro-competitive, in quanto atte a ridurre le barriere all'ingresso che impediscono a reti minori di affermarsi sul mercato della revisione contabile¹⁷.

[...] per i soci, gli amministratori, i componenti degli organi di controllo e i dipendenti delle società controllate, collegate, controllanti o sottoposte a comune controllo rispetto alla società di revisione” (si v. P. GIUDICI, *La nuova disciplina della revisione legale*, op. cit., p. 537).

¹⁶ Si è detto “ulteriore” riferendosi alla possibilità per i soggetti revisori, introdotta in numerosi ordinamenti ed in particolare nell'ordinamento inglese ad opera del *Companies Act 1989*, da un lato di svolgere la propria attività utilizzando la forma della *limited liability company*, dall'altro di acquistare una copertura assicurativa contro la responsabilità professionale (si v. la *Section 310(3)(a)* del *Companies Act 1989*). Tali facoltà sono state ampliate attraverso il *Companies Act 2006*, che consente ai revisori contabili di limitare la propria responsabilità mediante un *liability limitation agreement* con la società revisionanda.

¹⁷ In questo senso si v. le analisi di G. PRESTI, *La responsabilità del revisore*, op. cit., p. 163; P. GIUDICI, *Il dibattito sulla limitazione di responsabilità delle società di revisione: la prospettiva italiana*, in *La società per azioni oggi: tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2007, p. 965

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

Risulta quindi cruciale stabilire quale sia il regime di responsabilità che assicuri il miglior equilibrio tra i costi dell'attività di revisione ed i benefici apportati dalla stessa; in altre parole, deve determinarsi quale sia il livello di deterrenza che le norme che regolano l'attività dei revisori debbono avere¹⁸.

Già prima dell'avvento delle norme comunitarie in materia, nell'ordinamento italiano la disciplina era differenziata in relazione al tipo ed alla dimensione della società sottoposta a revisione; inoltre, ad una disciplina codicistica si sovrapponeva una regolamentazione speciale, prevista per le sole società quotate e altre categorie, come gli intermediari finanziari, attraverso il c.d. t.u.f.. Tuttavia, nè nella disciplina codicistica, nè in quella speciale, è mai stato previsto che il regime di responsabilità potesse rientrare nella disponibilità negoziale delle parti.

L'introduzione di una responsabilità limitata per i soggetti revisori non è avvenuta neanche in occasione del recente varo del d. lgs. 39/2010, il quale riveste particolare rilevanza per il modo peculiare in cui il legislatore italiano ha recepito le istanze internazionali e la Raccomandazione comunitaria in relazione alla responsabilità civile dei revisori contabili. Il d. lgs. 39/2010 ha infatti recepito solo parzialmente, nell'art. 15, tali raccomandazioni e modificato poco sensibilmente la disciplina in questione.

Prima di analizzare in dettaglio il nuovo regime di responsabilità previsto per i revisori contabili, deve rilevarsi che il recepimento della Direttiva ha comportato l'introduzione di una disciplina unitaria per la responsabilità civile dei revisori, *“indipendentemente dalla circostanza che questi ultimi operino presso società quotate (rectius enti di interesse pubblico) o non quotate. Sono stati infatti abrogati sia l'art. 2409 sexies, c.c. che l'art. 164 del Testo Unico dell'Intermediazione Finanziaria (c.d. t.u.f.)”*¹⁹.

ss..

¹⁸ Se si dovesse analizzare il *thema* in questione dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, dovrebbe concludersi che sono le parti i soggetti che meglio possono disciplinare il grado di responsabilità relativo ai rapporti tra loro intercorrenti: attraverso la negoziazione, infatti, queste potrebbero regolare ogni aspetto relativo alla responsabilità derivante dall'attività di revisione; il legislatore, d'altra parte, avrebbe come unico compito quello di predisporre la rete normativa su cui poggiano tali rapporti, determinando, da un lato, le norme suppletive che operano relativamente ai punti sui quali non è avvenuta la negoziazione delle parti e, dall'altro, le norme imperative ed inderogabili che devono applicarsi nel caso in cui la negoziazione sia impedita o giunga a risultati non corretti a causa di c.d. *market failure*. Si v., in proposito, I. AYRES, *Empire or Residue: Competing Visions of the Contractual Canon*, in *Florida State University Law Review*, vol. 26, 1999, p. 897 ss.. Si v., inoltre, ID., *Menu Matter*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 73, 2006, 1, p. 3 ss.. Da ultimo, nella medesima rivista, si v. R. P. BARTLETT III, *Going Private but Staying Public: Reexamining the Effect of Sarbanes-Oxley on Firms' Going-private Decisions*, in *U. Chi. L. Rev.*, vol. 76, 2009, 1, p. 7 ss..

¹⁹ Così in *Revisione legale dei conti. Vigilanza e responsabilità dei soggetti incaricati della*

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

L'art. 15 del decreto adotta una soluzione differente da quella auspicata dalla dottrina europea e dai professionisti del settore. Sulla scorta dell'esperienza statunitense, infatti, le società di revisione ed i professionisti ad esse legati avevano chiesto a gran voce l'introduzione di un meccanismo di responsabilità proporzionale, che consentisse loro di sfuggire alla responsabilità solidale²⁰.

Sebbene in alcune bozze del decreto si sia tentato di configurare un simile meccanismo di responsabilità parziaria, la versione definitiva del decreto riprende, *ex art. 15 d. lgs. succitato*, il principio della responsabilità solidale fra i revisori o le società di revisione e gli amministratori della società che ha conferito l'incarico di revisione, nei confronti di queste ultime società, dei soci delle stesse e dei soggetti terzi che abbiano instaurato rapporti con le società revisionande²¹. Viene inoltre specificato al primo comma che tale responsabilità solidale può essere graduata in relazione al contributo effettivo che la condotta di ciascuno ha arrecato in termini di danno, ma con rilevanza esclusivamente nei rapporti interni tra debitori solidali²².

Il secondo comma prevede invece un regime che può definirsi intermedio. Analogamente ai precedenti artt. 2409 *sexies*, comma 2, c.c. e 164, comma 2, t.u.f., l'art. 15, comma 2, d. lgs. in commento disciplina la responsabilità dei soggetti che hanno effettuato il controllo contabile e del responsabile della revisione nei confronti della società di revisione legale²³.

revisione legale, Circolare n. 19299 di Confindustria.

²⁰ A causa delle *securities class actions* americane, attraverso le quali gli investitori possono agire in giudizio contro le reti di revisione contabile per ottenere il risarcimento del danno conseguente alla diffusione di informazioni inesatte da parte di questi soggetti, negli Stati Uniti il tema all'ordine del giorno riguarda l'opportunità di proteggere le società di revisione contabile dal rischio di una responsabilità civile di dimensioni tali da poter portare le stesse allo scioglimento. Per un maggior approfondimento si rinvia a J.C. COFFEE JR., *Understanding Enron: "It's About the Gatekeepers, Stupid"* in Columbia Law & Economics Working Paper No. 207, 2002 e liberamente consultabile all'indirizzo <http://mba.tuck.dartmouth.edu/mdm/AlumniLearningLinks/CoffeeOnEnron.pdf>; ID., *Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge Of Fashioning Relevant Reforms*, in B.U.L. Review, vol. 84, 2004, p. 301; R.A. DYE, *Incorporation and the Audit Market*, in Journal of Accounting and Economics, vol. 19, 1995, p. 75. Si v. infine LONDON ECONOMICS IN ASSOCIATION WITH PROFESSOR RALF EWERT, *Study on., op. cit.*, p. 288.

²¹ L'art. 15, comma 1, del d. lgs. 39/2010 prevede che "*i revisori legali e le società di revisione legale rispondono in solido tra loro e con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri. Nei rapporti interni tra i debitori solidali, essi sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato*".

²² Conformemente al combinato disposto degli artt. 1298 e 2055 c.c..

²³ Mentre l'art. 2409 *sexies*, comma 2, c.c. stabilisce che "*nel caso di società di revisione i soggetti che hanno effettuato il controllo contabile sono responsabili in solido con la società*

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

Il testo non sembra distinguersi per chiarezza, in quanto vi si afferma, da un lato, che il responsabile della revisione ed i dipendenti che hanno collaborato alla revisione stessa sono responsabili in solido tra loro e con la società di revisione legale per i “danni conseguenti da propri inadempimenti o da fatti illeciti nei confronti della società che ha conferito l’incarico e nei confronti dei terzi danneggiati”; dall’altro, si aggiunge che sono responsabili entro i limiti del proprio effettivo contributo al danno cagionato.

Si pone dunque un primo problema interpretativo, che deriva dal mancato richiamo nel secondo comma della formula “nei rapporti interni tra i debitori solidali”, utilizzata invece nell’art. 15, comma 1, d. lgs. succitato; il risultato di tale mancato richiamo non può che consistere nell’estensione del criterio del “contributo effettivo” ai rapporti esterni, come limitazione alla pretesa del creditore, in luogo dell’efficacia esclusivamente interna che tale criterio riveste nell’ambito della disciplina di cui al comma primo.

Le enunciazioni contenute nel primo comma e nel secondo comma sono dunque antinomiche, poichè “la responsabilità solidale espone per definizione il soggetto tenuto a risarcire il danno al rischio di pagare oltre quanto sarebbe a lui imputabile sulla base di una ripartizione individuale (parziaria) del danno fondata su stretti criteri di causalità giuridica”²⁴; ciò a prescindere dal fatto che il nesso eziologico tra la violazione dei doveri di controllo ed il danno prodotto debba essere provato affinché il danno sia imputabile. Il revisore è infatti responsabile per i fatti commessi dai soggetti posti sotto la sua vigilanza, e può risultare difficile distinguere il suo contributo effettivo nella produzione del danno, rispetto a quello dei soggetti sottoposti al controllo.

La riflessione sul punto può dunque concludersi ritenendo che il principio di responsabilità proporzionata che si è cercato di introdurre attraverso l’art. 15 del d. lgs. 39/2010 presenti criticità non trascurabili, relative alla confusione che inevitabilmente si crea tra rapporti interni e rapporti esterni. Mentre nei rapporti interni non vi è alcun dubbio circa l’opportunità di attribuire rilevanza alla minore gravità dell’apporto causale di chi certifica positivamente un bilancio falso, rispetto alla condotta degli amministratori che hanno predisposto il bilancio stesso, nei rapporti esterni dovrebbe

medesima”, nell’art. 164, comma 2, t.u.f. si afferma che “i responsabili della revisione e i dipendenti che hanno effettuato l’attività di revisione contabile sono responsabili, in solido con la società di revisione, per i danni conseguenti da propri inadempimenti o da fatti illeciti nei confronti della società che ha conferito l’incarico e nei confronti dei terzi danneggiati”. La lettera dell’art. 15, comma 2, d. lgs. 39/2010 statuisce invece, in modo parzialmente differente, che “il responsabile della revisione ed i dipendenti che hanno collaborato all’attività di revisione contabile sono responsabili, in solido tra loro, e con la società di revisione legale, per i danni conseguenti a propri inadempimenti o a fatti illeciti nei confronti della società che ha conferito l’incarico e nei confronti dei terzi danneggiati. Essi sono responsabili entro i limiti del proprio contributo effettivo al danno cagionato”.

²⁴ Così P. GIUDICI, *La nuova disciplina della revisione legale*, op. cit., p. 539 s..

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

ritenersi più corretta una valutazione differente: nei confronti dei terzi, indotti a prestare fiducia ad una società nel mercato finanziario in virtù della valutazione positiva fornita dal revisore contabile, la responsabilità degli amministratori che hanno predisposto un bilancio falso e quella dei revisori che hanno “garantito” la veridicità di tale rappresentazione nei confronti del “mercato” potrebbe e dovrebbe considerarsi equivalente. Dunque, mentre la responsabilità solidale consente di distinguere la responsabilità interna da quella esterna, la responsabilità proporzionata presenta il difetto di equiparare due diverse prospettive.

Il legislatore italiano, stratonato da un lato dai promotori dell'introduzione nel nostro ordinamento della tecnica di responsabilità statunitense²⁵, dall'altro dalla riluttanza ad abbandonare le regole della responsabilità civile del nostro ordinamento, ha creato un testo che è al tempo stesso ibrido ed incoerente nel prevedere una “responsabilità solidale ma solo nei limiti del contributo effettivo al danno”²⁶.

²⁵ Negli Stati Uniti, in Canada ed in Australia la responsabilità del revisore è limitata ad una percentuale del danno totale prodotto; l'ammontare del risarcimento dovuto dal revisore viene determinato *ex post* attraverso la valutazione del giudice circa l'entità del danno e quella relativa all'entità dell'apporto causale del giudizio. Solo in Canada e negli USA tale responsabilità proporzionale viene integrata attraverso una valutazione relativa alle dimensioni del danneggiato, a seconda che sia o meno un piccolo investitore, attraverso la cosiddetta *uncollectible share*: a differenza dei modelli di *full proportionate liability*, la regola della proporzionalità subisce una correzione in relazione alla parte di danno che non risulta più recuperabile nè a carico dello specifico responsabile nè a carico di chi eventualmente risponda in solido avendo agito *knowingly*. Si v. *amplius* G. PRESTI, *La responsabilità del revisore*, *op. cit.*, p. 169; MEDNICK AND PECK, *Proportionality: a much-needed solution to the accountants' legal liability crisis*, in *Valparaiso University Law Review*, 28, (1994), p. 867. Si segnala che in Italia, nonostante il pericolo paventato dal c.d. *Final Report* (si v. LONDON ECONOMICS IN ASSOCIATION WITH PROFESSOR RALF EWERT, *Study on.*, *op. cit.*) sembra lontano il rischio di una *litigation crisis* che possa costituire un pericolo per la sopravvivenza delle reti primarie di revisione: la prassi delle reti di revisione di operare in Italia attraverso società controllate che possono essere facilmente abbandonate (si pensi al caso delle rete *Grant Thornton*, coinvolta nell'affare *Parmalat*), l'inesistenza di effettivi meccanismi di *class-action* (l'istituto della *class action* è stato introdotto in Italia solo recentemente attraverso la traduzione in legge n. 99/09 del Disegno di Legge Sviluppo 1195-B, recante “*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*”), l'eccessiva durata delle procedure fallimentari in Italia - all'interno delle quali vengono esercitate la maggior parte delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali - che spesso spinge la curatela a concludere transazioni a condizioni molto favorevoli per le società di revisione, ed, infine, le difficoltà nella prova del nesso causale rendono remoti i rischi che sono invece presenti nell'ordinamento statunitense. Si v., *amplius*, P. GIUDICI, *La nuova disciplina della revisione legale*, *op. cit.*, p. 540.

²⁶ A detta della dottrina che per prima ha esaminato il d. lgs. in commento, il regime di

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

Ulteriore dimostrazione della tecnica redazionale discutibile utilizzata dal legislatore è rappresentata dall'omesso richiamo ai soci che si riscontra nell'art. 15, comma 2, c.c., rispetto a quanto previsto al primo comma del medesimo articolo. Mentre il revisore e la società di revisione sono responsabili nei confronti della società, dei soci e dei terzi, la responsabilità del singolo revisore e del responsabile della revisione in solido con la società di revisione è rivolta "*nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati*".

La responsabilità nei confronti dei singoli soci e dei terzi è disciplinata dall'art. 15, comma 1, c.c., sul modello della responsabilità *ex art. 2395 c.c.*, norma, quest'ultima, che sancisce la responsabilità degli amministratori per i danni che possono aver procurato ai soggetti interessati ad entrare in rapporti con la società (i terzi appunto) o che sono già entrati in rapporto con la società (i soci).

Sebbene l'art. 15, comma 1, d. lgs. 39/2010 preveda che il soggetto già diventato socio, così come il soggetto ancora terzo rispetto alla società, che abbia fatto affidamento sulle informazioni contabili, diffuse dalla società ed illegittimamente avallate dal revisore, possa esercitare l'azione di responsabilità nei confronti del revisore stesso, non è chiara la ragione per cui il responsabile della revisione o i dipendenti della società di revisione o del revisore siano sottratti a tale responsabilità; la formulazione in commento, se dovesse sopravvivere ad un eventuale vaglio di costituzionalità, porterebbe al paradosso di negare a colui che è stato spinto a diventare socio dalle certificazioni inesatte della società di revisione, il titolo ad esperire l'azione di responsabilità nei confronti del responsabile della revisione o dei dipendenti che hanno materialmente svolto la revisione, a differenza del soggetto terzo che abbia subito un danno ma che non sia ancora entrato nella compagine societaria, il quale è invece legittimato a tale azione.

La dottrina più recente ha ipotizzato che l'omesso richiamo, non potendosi ritenere una mera "dimenticanza" da parte del legislatore, risponda alla *ratio* di convogliare tutte le pretese dei soci nell'azione sociale di responsabilità, lasciando

responsabilità dei responsabili della revisione e dei dipendenti finisce per non modificarsi rispetto al passato: "*il limite del contributo effettivo al danno non aggiunge nulla di nuovo ad un regime di solidarietà comunque fondato - com'è ovvio - sul contributo causale dell'omessa vigilanza*" (si v. P. GIUDICI, *La nuova disciplina della revisione legale*, *op. cit.*, p. 540). Si rileva inoltre come il problema della responsabilità parziaria, in luogo di quella solidale, non sia del tutto nuovo, in quanto già oggetto di analisi da parte di numerosi Autori in tema di responsabilità dei sindaci, relativamente alla quale erano state formulate proposte circa la possibilità di graduare tale responsabilità in relazione al contributo effettivo al danno cagionato. Si v., *ex multis*, G. DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, *op. cit.*, p. 581; F. CHIOMENTI, *La solidarietà "dimezzata" (dalla Cassazione) dei sindaci con gli amministratori per i fatti o le omissioni dannose di questi*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, p. 229.

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

autonoma azione solo in capo ai soggetti che siano terzi rispetto alla stessa²⁷; in questo caso viene spontaneo domandarsi il motivo dell'adozione di tale scelta limitatamente al secondo comma, in luogo di una opportuna generalizzazione del principio.

Per quanto attiene al regime procedurale, la prima osservazione da farsi riguarda l'eliminazione dei rinvii alle norme del codice civile e del t.u.f., conseguente all'abrogazione degli artt. 2409 *sexies*, c.c. e 164 t.u.f.; non sono infatti più presenti nell'art. 15 del d. lgs. 39/2010 i rinvii alle azioni di responsabilità contro gli amministratori di società, cui l'art. 2407 c.c., a sua volta richiamato dagli artt. succitati, rinviava.

La scomparsa di tale rinvio non è priva di conseguenze, sia di ordine sistematico che di ordine pratico, a meno di non ritenere che a tale lacuna possa sopperirsi operando sul piano interpretativo attraverso l'applicazione delle suddette norme per analogia, come evidenziato dalla Circolare di Confindustria del 21 Aprile 2010.

Le conseguenze più rilevanti si manifestano con riferimento alla legittimazione all'azione del curatore fallimentare, del commissario liquidatore e del commissario straordinario, in relazione al mancato rinvio all'art. 2394 *bis*, c.c., che può comportare gravi ripercussioni in ragione del dato, meramente empirico, che sono essi i soggetti che più comunemente esercitano le azioni di responsabilità. Mentre non può dubitarsi della legittimazione di questi soggetti ad esperire l'azione sociale di responsabilità, in virtù del rapporto contrattuale che lega il revisore contabile e la società²⁸, la dottrina evidenzia che potrebbero sorgere per contro problemi in relazione all'azione dei creditori sociali *ex art.* 2394 c.c., sebbene tale azione si cumuli generalmente con quella *ex art.* 2393 c.c., facendo ipotizzare che tale perdita non sia particolarmente significativa nella pratica²⁹.

Ancora in relazione al regime procedurale, l'art. 15, comma 3, precisa che l'azione risarcitoria si prescrive nel termine di cinque anni *“dalla data della relazione di revisione emessa al termine dell'attività di revisione cui si riferisce l'azione di risarcimento”*. Si tratta di una rilevante innovazione rispetto al regime previgente che faceva decorrere il termine di prescrizione dalla cessazione dell'incarico (art. 2409 *sexies*, comma 3, c.c.)³⁰; nel nuovo assetto, così configurato, la permanenza

²⁷ Questa è l'opinione di P. GIUDICI, *La nuova disciplina della revisione legale*, *op. cit.*, p. 540.

²⁸ Sarebbe assurdo concludere che i soggetti succitati siano legittimati ad agire contro coloro i quali hanno svolto l'attività di revisione contabile quando tali soggetti sono sindaci e non lo siano invece quando la medesima attività sia svolta da revisori esterni alla società stessa.

²⁹ P. GIUDICI, *La nuova disciplina della revisione legale*, *op. cit.*, p. 541.

³⁰ La soluzione adottata nell'art. 2409 *sexies*, c.c. in materia di prescrizione era particolarmente innovativa e fu vista dalla dottrina come indiretta estensione del principio sottostante all'art. 2941, n. 4, c.c., che disciplina la sospensione della prescrizione tra la società ed i suoi amministratori, *“scelta tutt'altro che scontata, se si considera che il revisore, a differenza degli organi societari, non entra a far parte della struttura societaria”* (così *et amplius* P. BOSTICCO,

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

dell'incarico non sospende il termine di decorrenza della prescrizione, contrariamente a quanto previsto per gli amministratori *ex art.* 2941, n. 7, c.c. e a quanto esteso, ad opera della dottrina, ai sindaci³¹.

2.3.1. La natura della responsabilità del revisore legale

Anche da un esame comparatistico della disciplina della responsabilità nei diversi ordinamenti, può desumersi che la questione più dibattuta relativa alla responsabilità degli organi sociali sia quella che attiene alla sua natura.

Se non sussistono dubbi in dottrina circa la natura contrattuale della responsabilità dei revisori nei confronti della società che ha conferito l'incarico³², le incertezze maggiori si concentrano sulla natura della responsabilità nei confronti dei soggetti terzi che, facendo affidamento sul giudizio del revisore circa una determinata situazione contabile della società emittente, abbiano investito in una società che aveva, ad esempio, già perduto il proprio capitale sociale, o abbiano ritardato la decisione di disinvestire dalla stessa; il medesimo problema riguarda i soggetti finanziatori, i quali abbiano iniziato a finanziare una società ormai decotta o abbiano continuato a finanziare la società nonostante il capitale sociale fosse ormai perduto.

Secondo l'*id quod plerumque accidit*, le azioni di responsabilità esercitate dalle società nei confronti degli organi sociali sono piuttosto rare, ed in particolare lo sono quelle nei confronti dei revisori legali; l'ipotesi di gran lunga più frequente è, invece, quella dell'azione di responsabilità esercitata da soggetti terzi.

Mentre la questione si pone in modo più critico negli ordinamenti, quali quello tedesco, che non prevedono una clausola generale di responsabilità aquiliana per danni, in cui far confluire la responsabilità degli organi sociali nei confronti dei terzi, nel nostro ordinamento la questione è di più facile soluzione attraverso l'applicazione dell'art. 2043 c.c., norma generale che consente il risarcimento del danno meramente patrimoniale³³. Tuttavia la questione è lungi dall'essere risolta, anche a causa del susseguirsi degli interventi di riforma in materia: se, infatti, in seguito all'introduzione dell'art. 2409 *sexies*, c.c. la dottrina aveva ritenuto quest'ultima norma una solida base

La responsabilità dei revisori, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di S. Ambrosini, Milano, 2007, p. 211; ID., *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, 2004, p. 182 ss.).

³¹ Per i problemi relativi all'estensione analogica dell'art. 2941, n. 7, c.c. ai sindaci, per la sospensione della prescrizione in caso di prosecuzione dell'incarico, si v. G. CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, op. cit., p. 184 ss.

³² Si v., *ex multis*, P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2004, vol. IV, p. 314.

³³ Per una ampia disamina comparatistica della responsabilità nei diversi ordinamenti, che non può trovare spazio nel presente contributo, si v. *amplius* G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2005.

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

per sostenere che la responsabilità del revisore verso i terzi fosse di natura contrattuale (o almeno derivasse da violazione di obblighi, giacché la fonte non è, a rigore, contrattuale), l'abrogazione della suddetta disposizione ad opera del d. lgs. 39/2010 ha messo in discussione le predette conclusioni; nonostante le maggiori difficoltà di argomentazione, la dottrina più recente è comunque orientata a sostenere la natura contrattuale della responsabilità del revisore sia quando l'inadempimento arrechi un danno alla società, sia quando danneggi direttamente il patrimonio del socio o del terzo³⁴.

Risultano inoltre tuttora irrisolte, come evidenza attenta dottrina, numerose questioni che prescindono dal dibattito circa la natura della responsabilità, quali *“quelle concernenti il nesso di causalità e l'individuazione e quantificazione dei danni che siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del revisore; in particolare se il revisore sia responsabile per i danni conseguenti alla prosecuzione dell'attività (c.d. trading losses) qualora egli abbia rilasciato un giudizio positivo sul bilancio nonostante il venir meno del going concern o la sussistenza di ragionevoli dubbi al riguardo”*³⁵; è di queste che si tratterà nel paragrafo successivo.

2.3.2. Nesso di causalità e danno risarcibile: l'azione sociale di responsabilità

Mentre in relazione alla natura della responsabilità dei revisori legali è possibile portare avanti un discorso unitario - soprattutto se si ritiene che la formulazione del recente art. 15, d. lgs. 39/2010, ove parla di responsabilità nei confronti *“della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri”*, confermi la tesi della natura contrattuale della responsabilità dei revisori contabili - con riguardo al nesso di causalità è più opportuno procedere attraverso un'analisi separata delle diverse situazioni che possono

³⁴ Ciò in dipendenza del fatto che la responsabilità è generata dall'inadempimento di obblighi preesistenti connessi allo svolgimento stesso dell'attività di controllo prevista dalla legge; la fonte è, in altre parole, la violazione degli obblighi relativi al rapporto di revisione, con la possibilità di ricondurre tali violazioni allo schema della responsabilità contrattuale. Si v., in questo senso, G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, op. cit., p. 252; C. ANGELICI, voce *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. del dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 1008 s.; G. PRESTI, *La responsabilità del revisore*, op. cit., p. 164; cfr. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 4, Torino, 1991, p. 450 s.

³⁵ Così G. PRESTI, *La responsabilità del revisore*, op. cit., p. 166. Si v., inoltre, C. ROSSI, *La revisione del bilancio di esercizio*, Milano, 2001, p. 95, che analizza i postulati elaborati dallo IASC (*International Accounting Standard Committee*) al fine di garantire la corretta redazione dei rendiconti annuali. Tali convenzioni contabili distinguono tra continuità (*Going Concern*), costanza (*Consistency*) e competenza (*Accrual*).

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

presentarsi, a seconda che venga danneggiato il patrimonio sociale ovvero il patrimonio del singolo socio o del terzo.

Come sopra esaminato, l'azione sociale di responsabilità richiede, per la sua proposizione, la presenza di un danno per la società; la sua configurazione quale responsabilità contrattuale, permette di risolvere agevolmente il problema circa la sussistenza della causalità materiale, in quanto il soggetto che deve rispondere delle conseguenze di un determinato fatto dannoso è già individuato attraverso l'obbligazione inadempita.

Risulta invece più problematica la dimostrazione della causalità giuridica, *ex art. 1223 c.c.*, cruciale nella quantificazione del danno risarcibile stante il limite costituito dalle “*conseguenze immediate e dirette*” dell'inadempimento.

Circa le concrete fattispecie di danno che il soggetto incaricato della revisione può causare alla società revisionanda, possono innanzitutto menzionarsi i casi di omessa rilevazione di irregolarità contabili a causa di verifiche meramente formali che non siano state estese alla valutazione della concreta situazione contabile, ovvero i casi di espressione di un giudizio negativo in presenza di un bilancio regolare o, viceversa, di espressione di un giudizio positivo su un bilancio irregolare; se tali comportamenti provocano danni alla società in revisione (quali ad esempio compensi agli amministratori e distribuzione di dividendi che non sarebbero stati disposti, ovvero maggiori tasse dovute dalla società relative ad utili mai conseguiti), è certamente esperibile l'azione di responsabilità sociale nei confronti del soggetto incaricato della revisione³⁶.

Si può affermare infatti che, in questi casi, che rappresentano le ipotesi più frequenti di danno nei confronti della società revisionate, se il revisore avesse ottemperato ai propri doveri, avrebbe potuto rilevare che gli utili presenti a bilancio erano inesistenti e, oltre a segnalare tale eventualità ai competenti organi sociali ai fini dell'adozione di iniziative opportune, avrebbe evitato la distribuzione di dividendi ed utili fittizi ad azionisti ed amministratori³⁷.

³⁶ Una ipotesi di responsabilità contrattuale del revisore contabile è stata esaminata da Trib. Roma, 26.04.1999, in *Le società*, 1999, p. 1232, con nota di V. SALAFIA, che ha giudicato responsabile la società di revisione che aveva certificato la correttezza e regolarità del bilancio, nonostante il pagamento effettuato, ad opera della società revisionata, in forza di un contratto nullo. Il Tribunale ha evidenziato come la certificazione fosse avvenuta senza eseguire alcun accertamento in ordine alla legittimità dello stesso e senza fornire alcuna informazione al collegio sindacale; secondo il Tribunale, tali negligenze della società di revisione “*hanno contribuito alla prosecuzione ed alla ripetizione di quelle irregolarità [...] con la conseguenza che tale situazione si è tradotta in un gravissimo pregiudizio per l'attrice*”.

³⁷ Si v. G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, *op. cit.*, p. 262, che evidenzia come sussista un rapporto di causalità efficiente tra l'inadempimento imputabile al revisore o alla società di revisione e il danno, in quanto il giudizio positivo su un bilancio che

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

Tralasciando altri *genus* di danni che i soggetti incaricati della revisione legale possono causare alla società - come quelli relativi all'omessa rilevazione di sottrazioni o furti compiute dagli amministratori o da dipendenti della società stessa³⁸ ovvero quelli connessi alla diminuzione della reputazione economica della società in revisione in relazione a giudizi illegittimamente negativi riguardo al bilancio della stessa³⁹ - una particolare considerazione deve essere riservata all'ipotesi di danno che più

falsamente mostra utili è condizione essenziale senza la quale il pregiudizio del depauperamento del patrimonio della società non si sarebbe verificato (*condicio sine qua non*). D'altra parte, non sembra configurabile in capo alla società un dovere di mitigare la perdita intraprendendo azioni finalizzate a recuperare il denaro distribuito erroneamente ai proprio azionisti.

³⁸ La sottrazione di risorse della società da parte, soprattutto, di amministratori avviene attraverso la sottovalutazione del patrimonio sociale ad opera di questi ultimi, finalizzato a consentire la creazione di disponibilità extrabilancio, di cui questi possano disporre per scopi extrasociali o, comunque, al di fuori di vincoli di ogni sorta. Viceversa, la sottovalutazione del patrimonio sociale comporta danni di diverso tipo per la società, la quale non può essere danneggiata direttamente dalla sottovalutazione in quanto, nella realtà, il patrimonio sociale è maggiore di ciò che viene rappresentato in bilancio; tuttavia, indirettamente, tale manovra può comportare ingenti pregiudizi per la società, dovuti al fatto che attraverso la sottovalutazione del patrimonio sociale questa beneficia, illegittimamente, di una tassazione inferiore, oltre al minore esborso di dividendi ed utili nei confronti degli azionisti, il che può comportare la condanna a sanzioni pecuniarie che, esse sì, arrecano alla società danni che si sarebbero potuti evitare ove la revisione legale fosse stata eseguita correttamente. Deve inoltre evidenziarsi che la mancata rilevazione da parte dell'organo di controllo contabile delle menzionate sottrazioni quasi certamente conduce al perpetrarsi delle stesse, il che determina il moltiplicarsi del danno nei confronti della società, la quale avrebbe titolo per lamentare che l'omessa segnalazione tempestiva ha impedito ad esse di prendere gli opportuni provvedimenti. Si segnala, in proposito, la già citata sentenza del Trib. Roma, 26.04.1999, in *Le società*, 1999, p. 1232, con nota di V. SALAFIA.

³⁹ Il rilascio di un giudizio che non sia totalmente positivo, in merito ad un bilancio che, invece, non meriterebbe censure di alcun tipo, può comportare conseguenze negative in termini di perdite di finanziamenti o di contratti vantaggiosi, ovvero vendita di azioni da parte di soci attuali allarmati dalla (invertita) situazione loro prospettata dalla relazione di revisione, ovvero l'impossibilità di procedere ad aumenti di capitale attraverso l'emissione di obbligazioni (le quali non verrebbero sottoscritte da alcun investitore a causa della relazione di revisione non totalmente positiva), ovvero flessione negativa che tale giudizio può comportare sulle quotazioni delle azioni della società nei mercati regolamentati. In questi casi, la società in revisione che dimostri di aver subito un danno immediato e diretto derivante da un giudizio negativo o non pienamente positivo da parte dei soggetti incaricati della revisione nonostante l'assenza di dati tali da meritargli, può ottenere il risarcimento di tali danni dalla società di revisione della quale venga dimostrata la negligenza. Si v., in giurisprudenza, Trib. Milano, 21.10.1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 554; in dottrina, D. CASADEI, *La responsabilità della società di revisione*, Milano, 2000, p. 132.

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

profondamente danneggia la società e gli investitori, ossia il caso in cui, alla mancata rilevazione da parte dei soggetti preposti alla revisione legale di una situazione di riduzione del capitale tale da comportare lo scioglimento della società, consegua la prosecuzione dell'ordinaria gestione da parte degli amministratori, in dipendenza della quale la società accumuli perdite a perdite e successivamente fallisca. In questi casi la società potrebbe chiamare i revisori a risarcire le c.d. *trading losses*, ossia le ulteriori perdite accumulate a causa della prosecuzione dell'attività nonostante la perdita del capitale sociale e proprio a causa della mancata rilevazione di tale dato da parte dei soggetti incaricati della revisione, rilevazione che avrebbe consentito per contro una tempestiva cessazione dell'attività, idonea ad evitare l'accumulo di un *deficit* maggiormente ampio⁴⁰.

Se nelle categorie di danni sopra richiamate la determinazione della causalità giuridica non presenta particolari problemi, in quanto si ritiene che siano risarcibili i soli danni immediati e diretti conseguenti al comportamento inadempiente della società di revisione, nel caso in cui l'agire illegittimo dei soggetti revisori causi le cosiddette *trading losses*, la giurisprudenza e la dottrina ormai consolidate ammettono che il *quantum* del risarcimento richiesto possa estendersi fino a considerare i danni mediati ed indiretti, purchè non eccezionali o di gravità sproporzionata rispetto all'inadempimento⁴¹. Tale orientamento comporta la attribuibilità al revisore di tutti i danni che non si sarebbero verificati nel caso in cui questi avesse svolto con diligenza l'attività richiestagli, senza tuttavia che sia possibile imputare ad esso l'intero *deficit* accumulato dalla società senza distinzione tra il caso in cui l'inadempimento del revisore rappresenti la causa della perdita da quello in cui l'inadempimento non sia nient'altro che "una fase in una sequenza di eventi che conducono alla perdita"⁴².

⁴⁰ Si v., tra tutti, A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, Milano, 2000, p. 578.

⁴¹ Si v. in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 02.06.1992, n. 6676, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1308; Cass., 09.05.2000, n. 5913, in *Dir. ed economia assicuraz.*, 2000, p. 1226; Cass., 10.05.2000, n. 5962, in *Arch. circolaz.*, 2000, p. 840; Cass., 01.07. 2002, n. 9556, in *Foro it.*, 2002, I, p. 3060, con nota di A. PALMIERI; Trib. Milano, 30.04.2001, in *Banca e borsa tit. cred.*, 2003, II, p. 320, il quale ha negato il risarcimento delle c.d. *trading losses* della società controllata che la società *holding* era intervenuta a ripianare. In dottrina, si v., già in passato, P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 19 ss.; più recentemente, G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*², Padova, 1999, p. 218; *contra*, G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a., op. cit.*, p. 266 s., la quale afferma che "in generale, danni risarcibili, in base all'art. 1223 c.c., sono soltanto quelli che si presentino come conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, sebbene un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato a questi aggiunga quelli mediati e indiretti, che si collochino in relazione "regolare" o "normale" con il fatto dannoso".

⁴² Così G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a., op. cit.*, p. 266, la quale afferma che "ove si consideri che, di frequente, è l'insolvenza della società a condurre ad

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

2.3.3. L'azione del socio e del terzo

Mentre per esperire l'azione sociale di responsabilità è sufficiente che la società abbia subito un qualsiasi danno derivante da inadempimento, per l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte del socio o del terzo è necessario un danno che pregiudichi direttamente il patrimonio di questi soggetti⁴³.

Se l'omessa rilevazione delle succitate irregolarità da parte dei revisori può agevolare il perpetuarsi di tali violazioni moltiplicando il danno per la società, ciò non è automaticamente fonte di danno diretto per i soggetti terzi o per i soci della società; i revisori, dunque, di regola, non possono essere automaticamente chiamati a rispondere dei danni nei confronti dei soggetti in discorso, a meno che le omissioni nell'attività di revisione abbiano influenzato il giudizio finale sul bilancio, su cui il socio o il terzo abbia fatto affidamento nel prendere decisioni relative al proprio patrimonio, di modo che il socio o il terzo sia risultato danneggiato da questa scorretta rappresentazione.

Le ipotesi più frequenti di danno patito da terzi e/o da soci sono, di conseguenza, quelle che derivano “*da decisioni di investimento e/o disinvestimento basate sul rilascio di una negligent opinion: ipotesi, quest'ultima, in concreto certamente più consistente di quella dell'omissione dei controlli ovvero della negligenza nell'effettuarli, che invece, come si è visto, rilevano di regola nei confronti della società*”⁴⁴.

In questi casi, un attivo di bilancio illegittimamente sopravvalutato dagli amministratori e non censurato dai revisori o dalla società di revisione, può comportare un danno derivante dall'affidamento dei soci e/o terzi circa la veridicità degli utili

azioni di danni, allora si riconoscerà che imputare l'intera perdita derivante dal fallimento al revisore, senza distinguere la parte causalmente legata al suo inadempimento e la parte che si sarebbe comunque verificata, significherebbe far ricadere il rischio di impresa su quest'ultimo. Sotto tale profilo, quindi, l'art. 1223 c.c. assolve all'importante funzione di escludere la risarcibilità delle perdite derivanti da cause estranee alla condotta del revisore”.

⁴³ Si v. E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazioni al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Torino, 2003, p. 318, il quale afferma che “*poichè il debitore inadempiente, ai sensi dell'art. 1223 c.c. è tenuto a risarcire così la perdita subita dal creditore, come il mancato guadagno in quanto essi siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento (c.d. principio di riparazione integrale del danno), del tutto analogamente il revisore sarà tenuto a risarcire i terzi per tutti quei danni che siano “conseguenza immediata e diretta” della scorretta informazione sul bilancio. [...] potranno considerarsi conseguenza immediata e diretta della negligente revisione: a) sia tutti i danni conseguenti ad atti di investimento/disinvestimento che gli investitori non avrebbero compiuto se correttamente informati [...]; b) sia tutti i danni conseguenti ad omessi atti di investimento/disinvestimento che gli investitori avrebbero compiuto se correttamente informati*”.

⁴⁴ Così G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, op. cit., p. 295.

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

rappresentati, affidamento che può determinare la decisione di investire nella società o di aumentare l'entità di un investimento già effettuato.

Dall'altro lato e specularmente, la sottovalutazione dell'attivo o la sopravvalutazione di passività possono portare alla decisione, da parte dell'investitore, di vendere la propria partecipazione ad un prezzo inferiore rispetto a quello che avrebbe ottenuto se il bilancio fosse stato correttamente redatto; parimenti, la rappresentazione (erronea) di una situazione patrimoniale negativa può costringere i soci ad effettuare ulteriori versamenti di capitale o a sciogliere la società, provocando loro un danno diretto in quanto, se l'attività di revisione fosse stata svolta in modo corretto, tali decisioni non sarebbero apparse necessarie.

In conclusione, si presentano problemi di danno diretto nei confronti dei soci e/o dei terzi ogni qual volta l'omessa o non corretta attività di revisione da parte dei soggetti a questa preposti provochi scelte di investimento e/o di disinvestimento nella società, da parte dei soci o dei terzi, che avrebbero potuto essere differenti ove le informazioni in possesso di tali soggetti fossero state corrette; in seguito all'omessa attività da parte dei revisori, che non abbiano censurato le false informazioni diffuse dagli amministratori, alcuni potrebbero essere stati indotti a mantenere o ad aumentare l'investimento, risultato poi negativo, decisione che avrebbe potuto avere segno diverso se essi avessero conosciuto i fatti omessi o falsamente rappresentati dagli amministratori; ovvero, potrebbero essere stati indotti a ritirare o ridurre un investimento a condizioni sfavorevoli e svantaggiose rispetto a quelle di cui avrebbero beneficiato in un momento successivo, se le informazioni in loro possesso non li avessero spinti erroneamente verso la rapida dismissione dell'investimento⁴⁵.

⁴⁵ Oltre ai casi esaminati di induzione erronea a investimenti e/o disinvestimenti da parte dei soci o dei terzi, altre fattispecie di danno diretto sono rappresentate dal pregiudizio nei confronti degli azionisti che, a causa di un bilancio sopravvalutato, abbiano sottoscritto azioni ad un prezzo maggiore rispetto a quello corretto. Un'altra ipotesi di danno diretto è quella nei confronti della banca che, di fronte ad un bilancio (erroneamente) sopravvalutato, si induca a concedere finanziamenti, nonostante in realtà il patrimonio sociale della società sia totalmente perduto, subendo un danno corrispondente alla mancata restituzione del finanziamento in questione; assimilabile a tale ipotesi è il caso del fornitore che, in virtù di un bilancio apparentemente positivo, si induca a concedere dilazioni di pagamento, non sapendo che la società è decotta. In queste ipotesi, mentre i soci o i terzi subiscono un danno diretto, la società non subisce alcun pregiudizio; anzi, in entrambi i casi prospettati, il patrimonio della società è incrementato dalla sottoscrizione di azioni o dalla concessione di finanziamenti da parte del terzo. In relazione alla prima ipotesi si veda, *ex multis*, Cass., 04.12.2002, n. 17187, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 3. In relazione al secondo genere di ipotesi si v., *ex multis*, Cass., 03.12.2002, n. 17110, in *Contratti*, 2003, p. 987, con nota di S. TANDOI; in *Dir. e prat. soc.*, 2003, 7, p. 66, con nota di B. IANNIELLO.

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

Oltre alle problematiche che già normalmente si presentano all'interprete, relative all'accertamento del nesso di causalità, le caratteristiche peculiari delle fattispecie in esame determinano questioni ulteriori, di cui è necessario dar conto.

La dottrina più attenta ha da posto l'accento sulla natura immateriale delle informazioni scorrette e non censurate dai revisori - all'origine del danno - nonchè sulle difficoltà che si incontrano nella ricostruzione della successione di eventi che portino al danno diretto per il terzo e/o socio in uno schema causale idoneo: tali elementi *“inducono a ritenere che l'unica causalità che (può) venire in considerazione sia inevitabilmente fondata su un giudizio in termini ipotetici, con il risultato che il danno risarcibile coinciderà con la perdita ed il mancato guadagno che sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, delimitati in base al giudizio ipotetico di differenza tra la situazione dannosa quale è la situazione ideale, quale sarebbe stata nell'ipotesi in cui il fatto pregiudizievole non si fosse verificato”*⁴⁶.

Il principio della *condicio sine qua non* - relativo al fatto che i soggetti danneggiati non avrebbero investito o disinvestito a quelle condizioni se avessero conosciuto le circostanze che sono state taciute o rappresentate in modo inveritiero dagli amministratori prima e dai revisori legali poi - non è qui sufficiente per dimostrare il nesso di causalità, dovendo essere accompagnato dalla prova del fatto che tale informazione è stata causa efficiente del danno, e non un semplice elemento che ha contribuito a determinare la decisione⁴⁷. Deve dimostrarsi, da un lato, *“l'idoneità delle*

⁴⁶ Così G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, op. cit., p. 298; nello stesso senso E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazioni al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, op. cit., p. 320.

⁴⁷ Si v. P. MONTALENTI, *La società quotata*, op. cit., p. 317., il quale afferma che *“se in tema di qualificazione pare preferibile orientarsi per una riconduzione della fattispecie ai paradigmi della responsabilità contrattuale, perchè fondata sull'inadempimento di un'obbligazione pur priva di prestazione, o comunque perchè trattasi di responsabilità per affidamento, delicate rimangono le questioni relative al nesso causale ed al quantum. Sul nesso causale non è condivisibile l'idea che il rapporto eziologico sia sostanzialmente presunto, dovendosi al più ritenere che, secondo l'id quod plerumque accidit, è ragionevole ipotizzare, ma in via di mero indizio, che la mancata certificazione avrebbe sconsigliato l'investimento, ma senza che ciò esima dal ricercare un nesso tra il giudizio positivo sul bilancio e l'opzione dell'investitore. E' possibile infatti che uno speculatore spregiudicato ispiri le proprie scelte alla valutazione di elementi del tutto indipendenti dai dati di bilancio, ma utili per speculazioni a breve termine, quali rumors o informazioni, positive o negative relative all'area di attività (si pensi agli effetti sistemici di eventi verificatisi, ad esempio, nel settore delle telecomunicazioni, che, pur riguardando singole società, si estendono in qualche misura al settore). In conclusione: il nesso causale non può ritenersi presunto”*; si v. inoltre la efficace espressione di P. MONTALENTI, *Responsabilità extracontrattuale della società di revisione per negligente certificazione*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, p. 3, il quale definisce il caso in commento *“un'ipotesi socialmente tipica di affidamento dei terzi sulla certificazione dei revisori”*. Si v. ancora G.M. BUTA, *La*

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

circostanze taciute o non correttamente riportate ad influenzare (sensibilmente) la decisione di investimento/disinvestimento (c.d. materiality); dall'altro, (si) dovrebbe[ro] fornire la prova che la pregiudizievole scelta sia ragionevolmente dipesa dalla omessa, non tempestiva o non corretta informazione (c.d. reliance)"⁴⁸.

Nonostante la affermata natura ipotetica della causalità, il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno deve ritenersi limitato esclusivamente ai soci e ai terzi che provino che le informazioni rivolte al pubblico da parte dei revisori hanno concretamente influenzato la loro decisione di investire o disinvestire; la effettiva prova dell'affidamento sulla valutazione espressa dalla società di revisione, sommata alla idoneità della stessa a trarre in inganno, costituisce lo schema causale necessario per l'esperimento con successo dell'azione di responsabilità nei confronti dei soggetti deputati alla revisione legale.

E' diffusa in dottrina la consapevolezza della difficoltà di fornire la prova del nesso di causalità, difficoltà che comporta spesso il ricorso - al fine di porre in essere una tutela concreta nei confronti dei soggetti in questione - a presunzioni, che assistano il soggetto agente nella dimostrazione del nesso eziologico. Pur dovendo scartare l'idea di una inversione dell'onere della prova - in quanto non prevista dal nostro ordinamento in relazione all'ipotesi in discorso⁴⁹- si ritiene corretta la proposta della dottrina più

responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a., op. cit., p. 299; E. BARCELLONA, Responsabilità da informazioni al mercato: il caso dei revisori legali dei conti, op. cit., p. 310 ss., il quale ricostruisce il fondamento della responsabilità come contrattuale nei confronti dei terzi, anche attraverso una indagine comparatistica; cfr. M. SANTARONI, In tema di negligenza del revisore, in Giur. it., 1994, I, 2, p. 663 s.; F. DI MAJO, Quali responsabilità per i revisori contabili?, in Le società, 1994, p. 100 s.; S. BRUNO, La responsabilità dei revisori nei confronti del pubblico per negligente certificazione del bilancio: diritto giurisprudenziale inglese ed italiano a confronto, in Working papers, Diritto dell'impresa, Roma, 1995, p. 152. Nel senso di una presunzione del nesso di causalità, si v. Trib. Torino, 18.09.1993, in Giur. comm., 1994, II, p. 272.

⁴⁸ Così G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a., op. cit., p. 299*, la quale aggiunge che, *"a rigore, dovrebbero dimostrare di aver letto l'opinione del revisore e di aver basato solo su di essa la propria decisione di investimento/disinvestimento (o mancato investimento/disinvestimento). Quest'ultima allegazione, peraltro, comporterebbe un onere della prova di difficile praticabilità, che, solo di rado, potrà essere raggiunto con successo dall'attore: si pensi, per esempio, a chi ha acquistato azioni della società revisionata, ovvero a chi ha finanziato la medesima, e che subisce un danno perchè la società è in condizioni economiche diverse da quelle risultanti dal bilancio revisionato"*.

⁴⁹ Se si ricorresse ad una presunzione semplice di causalità efficiente, utile ad ipotizzare in ogni caso la sussistenza del nesso eziologico a prescindere dalla prova circa l'esame dell'effettivo utilizzo della certificazione erronea da parte del terzo danneggiato, quest'ultimo dovrebbe semplicemente allegare di aver fatto affidamento sul dato rappresentato dalla certificazione, mentre spetterebbe al revisore dimostrare che, in concreto, non è ravvisabile alcun collegamento

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

recente, finalizzata a mutuare dalla disciplina dei mercati finanziari e dall'esperienza statunitense i criteri ivi sviluppati, volti ad alleggerire l'onere probatorio del soggetto che si presume danneggiato⁵⁰. Questi si basano su un giudizio ipotetico finalizzato ad accertare se la *negligent opinion* ad opera dei revisori dei conti possa essere ritenuta sufficientemente rilevante da un investitore ragionevole ai fini della decisione in merito al compimento o al non compimento di una data operazione; ed il più intuitivo indice del grado di tale rilevanza è costituito dall'influenza dell'informazione non corretta nella formazione del prezzo⁵¹. Può dunque affermarsi che la più recente dottrina ritiene

tra l'affidamento del terzo ed il danno da questi lamentato, e, di conseguenza, non può dirsi sussistente il nesso causale. Non si ritiene condivisibile tale impostazione, in quanto determinante è, in ogni caso, la sussistenza di un legame tra l'inadempimento ed il pregiudizio del socio/terzo. Diversamente, ciò estenderebbe in modo sproporzionato la responsabilità del revisore rispetto ai suoi adempimenti, comportando la conseguenza di far rispondere i revisori per tutte le irregolarità compiute dagli amministratori, assimilandoli ad una sorta di "*deep pocket* di riserva". Proprio per il fatto che il revisore inadempiente non può essere giudicato responsabile nei confronti di ogni beneficiario del controllo all'interno o all'esterno della società che sia stato destinatario dell'informativa di bilancio, ma piuttosto solo nei confronti dei soggetti che siano stati danneggiati dall'aver fatto affidamento su tale relazione, deve escludersi l'idea di una presunzione del nesso di causalità attraverso l'inversione dell'onere della prova che sia focalizzato sulla diffusione dell'informativa sul bilancio da parte dei soggetti revisori. Si v. P. MONTALENTI, *La società quotata*, op. cit., p. 317; nello stesso senso, si v. G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, op. cit., p. 304 ss.; G. FERRARINI, *Sollecitazione del risparmio e quotazione in borsa*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 10**, Torino, 1993, p. 312; A. MAZZONI, *Osservazioni in tema di responsabilità civile degli analisti finanziari*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, p. 248; M. VENTORUZZO, *La responsabilità da prospetto negli Stati Uniti d'America tra regole del mercato e mercato delle regole*, Milano, 2003, p. 239 s.; A. VICARI, *Gli azionisti nella fusione di società*, Milano, 2004, p. 330.

⁵⁰ Tale riconduzione della prova del nesso causale alla dimostrazione che il prezzo si è artificialmente determinato in ragione della revisione negligente - come si vedrà a breve - ben si adatta al caso in cui la società in revisione sia quotata in borsa, data la agevole misurabilità attraverso quotazioni ufficiali; meno agevole sarà la determinazione in discorso per quanto riguarda le società non quotate, essendo in tal caso assenti quotazioni ufficiali dei prezzi. Tuttavia, tale criterio può essere applicato, *mutatis mutandis*, ad entrambi i tipi societari. Così E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazioni al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, op. cit., p. 333, nota 25; G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, op. cit., p. 307, nota 142.

⁵¹ Scrive E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazioni al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, op. cit., p. 330 s., che "il prezzo delle azioni riflette, infatti, non l'apprezzamento che di un particolare bene opera una particolare categoria di acquirenti/investitori (medi, professionali o non professionali), bensì, per l'appunto, l'apprezzamento del mercato nel suo insieme. Il prezzo di mercato "pondera" in modo (tendenzialmente) perfetto il diverso peso che

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

la valutazione circa la sussistenza del rapporto di causalità non tanto condizionata dall'affidamento del socio e del terzo danneggiato sulla correttezza dell'*opinion*, quanto, piuttosto, dalla "efficienza causale della revisione negligente sulla corretta formazione del prezzo, dal momento che è proprio secondo questo meccanismo che la violazione delle regole di diligenza cagiona danno agli investitori". Conseguentemente, la prova del legame eziologico potrà considerarsi assoluta là dove si dimostri che il prezzo si è artificiosamente formato in conseguenza dell'inadempimento del revisore"⁵².

Prima di concludere si rende necessaria un'ultima considerazione circa la quantificazione del pregiudizio risarcibile nei confronti del socio e/o del terzo.

Tale quantificazione postula la necessità di determinare, rispetto alla concreta operazione di investimento/disinvestimento, in primo luogo il danno emergente subito dall'investitore, pari alla differenza tra il prezzo corrisposto o ricevuto e il valore che avrebbe potuto avere l'operazione nel caso in cui il soggetto agente avesse avuto a

*ciascuna categoria di operatori economici detiene rispetto all'insieme degli operatori economici [...]. Il prezzo di mercato è il solo prezzo veramente oggettivo proprio perchè esso rappresenta la media (tendenzialmente) perfetta di tutti i prezzi soggettivi correnti ad una certa data (= di tutti i comportamenti di investimento/disinvestimento). Se questo è vero, per verificare se il comportamento ipotetico dell'investitore medio sarebbe stato diverso in caso di diligente revisione, bisognerebbe confrontare quale sarebbe stato il prezzo ipotetico delle azioni ove i revisori avessero reso un'informazione corretta e qual'è stato, invece, il prezzo effettivo delle azioni immediatamente dopo la diffusione della revisione negligente. [...] Alla scoperta della verità, infatti, il mercato riceve (aliunde) proprio quell'informazione che i revisori hanno negligenzemente omesso di dare al tempo debito (la rilevazione della inesistenza-sopravvalutazione della posta attiva che i revisori hanno omesso di dare). Se alla scoperta della verità, il mercato reagisce con una caduta del prezzo del titolo, è allora ragionevole ipotizzare una analoga reazione alla data in cui i revisori eseguirono (male) la loro prestazione". Si v. inoltre G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, op. cit., p. 305 ss; cfr. A. PERRONE, *Informazione al mercato e tutele dell'investitore*, Milano, 2003, p. 170, il quale afferma che "un riferimento tout court al prezzo di mercato riscontrabile nel momento in cui l'informazione falsa od omessa è stata conosciuta, appare, al riguardo, scarsamente praticabile. Secondo quello che gli economisti identificano come capital asset pricing model, il prezzo di uno strumento finanziario dipende sia dalle vicende specifiche dell'emittente quanto dalle condizioni generali di mercato". Cfr., infine, S. BRUNO, *L'azione di risarcimento per danni da informazione non corretta sul mercato finanziario*, Napoli, 2000, p. 224 ss., la quale tuttavia parla ancora di inversione dell'onere della prova.*

⁵² Si v. G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, op. cit., p. 307, che segnala Cass., 03.03.2001, n. 3132, in *Foro it.*, 2001, I, p. 1139, con nota di A. PALMIERI, quale applicazione giurisprudenziale in questo senso, atteso che la sentenza, nell'accertamento del nesso causale in una controversia in cui gli investitori accusavano Consob di omesso controllo, fa riferimento ad un giudizio di prognosi sulla sorte delle iniziative di sottoscrizione in presenza dei possibili esiti del corretto e tempestivo esercizio della vigilanza.

STUDI E OPINIONI

LA RESPONSABILITÀ DEL REVISORE LEGALE NEL D. LGS. 39/2010

disposizione tutte le informazioni necessarie; in secondo luogo il lucro cessante, identificabile con il profitto che l'investitore avrebbe ricavato da un utilizzo differente della somma utilizzata per l'investimento nell'impresa in revisione o dalle utilità che egli avrebbe tratto dall'investimento del maggior importo ricavato dalla vendita delle azioni in un momento successivo ovvero, in caso di mancata vendita delle azioni, nel guadagno che avrebbe potuto realizzare con il denaro derivante dalla suddetta vendita non effettuata.

E' quindi necessario compiere una valutazione circa l'utilizzo alternativo che l'investitore/disinvestitore avrebbe potuto effettuare nel caso in cui non si fosse verificato uno scollamento tra la informazione di bilancio veritiera e quella rappresentata all'esterno ad opera degli amministratori, non censurata a causa di negligenza colposa dei soggetti incaricati della revisione legale⁵³.

⁵³ G.M. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, op. cit., p. 317, la quale afferma che "la prova degli investimenti che il soggetto aveva in animo di fare, riguardando un effetto prodottosi nella propria sfera psicologica, è certo dimostrazione tutt'altro che agevole [...]. Ancora una volta, pertanto, conviene evitare il piano delle valutazioni più strettamente individuali e affrontare il problema facendo riferimento a una valutazione tipica della posizione in cui si trova il soggetto danneggiato: in questo quadro, fermo restando che i danni da liquidarsi siano quelli effettivamente subiti dal soggetto danneggiato, può essere utile riferirsi alla condotta ipotetica che un investitore medio avrebbe tenuto nelle stesse condizioni". Si v., inoltre, U. CARNEVALI, *La responsabilità civile degli amministratori per danno ai risparmiatori*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 83; S. BRUNO, *L'azione di risarcimento per danni da informazione non corretta sul mercato finanziario*, op. cit., p. 221.

DIRITTO INDUSTRIALE

(A CURA DI MASSIMO TRAVOSTINO E LUCA PECORARO)

LA TUTELA PENALE DEL *KNOW-HOW* INDUSTRIALE: GLI ARTT. 623 E 513 C.P. ED IL D. LGS. 231/2001

Il know-how industriale è una risorsa strategica delle aziende, dalla cui tutela può dipendere la sopravvivenza stessa dell'impresa. Accanto alla protezione offerta in ambito civilistico, l'ordinamento nazionale offre altresì, grazie anche allo sviluppo della giurisprudenza, protezione in sede penale, in particolare agli artt. 623 e 513 c.p., oggi rafforzata dal d. lgs. 231/2001. Il contributo affronta alcuni nodi interpretativi concernenti queste disposizioni.

di ANDREA GIUSEPPE MOREZZI

1 – Premesse. La nozione di know-how

Nella pratica degli affari, il termine *know-how* racchiude in sé una molteplicità di significati e rappresenta, in via sintetica, l'intero patrimonio di conoscenze di un'impresa, frutto di esperienze e ricerca accumulate negli anni.

Esso può essere definito come quell'insieme coordinato – ancorché non sempre formalmente identificato e documentato - «di istruzioni, spiegazioni, notizie tendenti al miglioramento della tecnica produttiva» riferibili a “nozioni o artifici costruttivi o conoscenze tecniche anche non brevettabili o che non si vuol brevettare”, ma che comunque consentono risultati ritenuti ottimali, con un grado di efficienza dell'impresa altrimenti non raggiungibile (c.d. *know-how industriale*)¹.

Si tratta di un patrimonio di conoscenze il cui valore economico è valutato in relazione all'ammontare degli investimenti (spesso cospicui) richiesti per la sua acquisizione e al vantaggio concorrenziale che da esso deriva, in termini di minori costi futuri o maggiore appetibilità dei prodotti, ed è strettamente connesso all'esclusiva di cui gode l'impresa possidente e alla capacità di questa di controllarne i canali di diffusione.

Ci si trova, quindi, di fronte ad un oggetto di difficile identificazione ed il cui valore economico non viene in evidenza al momento della sua produzione (essendo, peraltro, spesso frutto del lento accumularsi e coordinarsi di conoscenze diffuse), bensì in quanto oggetto definito di trasferimento. La sua tutela appare in ogni caso

¹ SORDELLI, *Il Know-how: facoltà di disporre e interesse al segreto*, in *Riv. Dir. Ind.*, I, 1986, 94.

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

fondamentale, poiché esso si traduce, in ultima analisi, nella capacità dell'impresa a restare sul mercato e far fronte alla concorrenza.

La giurisprudenza ha, dal canto suo, riconosciuto già in epoca risalente che, *“qualora il metodo adottato da un imprenditore, per realizzare determinati prodotti od applicazioni in favore dei clienti, manchi di esclusività e segretezza, il contratto di cessione di tale metodo (cosiddetta cessione di “know-how”) resta privo di un oggetto economicamente apprezzabile”*². Più specificamente, si sostiene la necessità che il know-how comporti un effettivo vantaggio concorrenziale³, nel senso che i concorrenti (o potenziali cessionari), non si possano procurare le informazioni che lo costituiscono senza costi sul mercato⁴, in quanto divulgate e rese disponibili ai terzi⁵.

E' interessante notare come i Giudici di legittimità individuino la possibilità di un apprezzamento economico del know-how al momento della trasmissione, purché questa non si esaurisca nella mera enunciazione astratta delle cognizioni del cedente, ma *“preveda un'assistenza del cessionario, per la sicura e facile attuazione concreta di dette cognizioni mediante l'utilizzazione dell'esperienza del cedente stesso, stante la rilevanza patrimoniale di un siffatto apporto si accompagni”*⁶.

Merita particolare attenzione, ai fini che qui interessano, la motivazione di una decisione della Corte di Cassazione, chiamata a decidere sulla corretta collocazione nello schema di stato patrimoniale previsto dalla IV direttiva CEE del know-how di una società⁷.

Il Giudice di legittimità ricorda, anzitutto, come le conoscenze che costituiscono il know-how di un'azienda possano essere le più varie, *“potendo consistere in un procedimento, in formule, in procedure di addestramento e, in generale, in informazioni di interesse industriale o commerciale, frutto di esperienze e di studi, le quali comportino vantaggi di ordine tecnologico o competitivo sul piano della produzione o del marketing e siano caratterizzate dalla segretezza; e rientrano nella categoria, quindi, accanto ad invenzioni non brevettabili prive di contenuto inventivo (ma non di novità, che si ritiene insita nella segretezza), le invenzioni brevettabili che il titolare intende non brevettare e preferisce sfruttare in segreto”*.

All'interno di questo insieme, la Cassazione individua una categoria più ristretta di conoscenze, che sono normalmente destinate a rimanere segrete e *“sono richieste per la produzione di un bene, per attuare un processo produttivo o per il corretto impiego di una tecnologia, e altresì alle regole di condotta che, nel campo della tecnica*

² Cass. 28.6.1985, n. 3881, in DVD *La Legge* RV441450.

³ Cass. 20.1.1992, n. 659, in DVD *La Legge* RV475385.

⁴ FRIGNANI, *Know-how: la Cassazione fa propri molti argomenti della dottrina*, in *Giur. It.*, 1993, IV, 120; Cass. 20.1.1992, n. 659, *cit.*

⁵ VANZETTI-CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2000, 447.

⁶ Cass. 28.6.1985, n. 3881, *cit.*

⁷ Cass. 27.2.1985, n. 1699, in *Giur. It.*, 1985, I, 1, 889.

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

*mercantile, vengono desunte da studi ed esperienze di gestione imprenditoriale, attinenti al settore organizzativo o quello strictu sensu commerciale*⁸. A queste, organicamente intese, la Corte riconosce la natura di bene economico, distinto dal resto del patrimonio aziendale, suscettibile di sfruttamento e possibile oggetto di autonoma cessione o concessione in licenza⁹.

Sempre in questo senso, di particolare rilievo è, infine, l'adesione della giurisprudenza all'opinione di quella dottrina che esclude la possibilità di ricondurre il *know-how* ad uno dei tipi di bene giuridico immateriale disciplinati dall'ordinamento. Secondo questa prospettiva, esso, pertanto, non può essere oggetto di tutela assoluta, ma soltanto della tutela contrattuale o di una tutela *erga omnes* indiretta, nella misura in cui risultino applicabili alle concrete fattispecie le disposizioni relative alla difesa del segreto o della concorrenza¹⁰.

Se si vuole ricercare un riferimento normativo esplicito al *know-how*, la disposizione che pare di maggiore interesse sembra il Regolamento CE n. 240/96 della Commissione del 31.1.1996, relativo all'applicazione dell'art. 85 del trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia. Benché non si trovi una definizione puntuale dei contenuti del *know-how*, il regolamento fornisce elementi utili all'interprete, limitando il proprio ambito di applicazione agli accordi di concessione in licenza di brevetti, accompagnati o meno dalla comunicazione e concessione in licenza d'uso "*delle informazioni tecniche non tutelate da brevetti (ad esempio, descrizioni di processi produttivi, composizioni, formule, modelli o disegni), comunemente designate con il termine know-how*" (n. 3). Il legislatore comunitario ha avuto però cura di precisare che, ai fini della sua attuazione è necessario che il *know-how* "*sia segreto, sostanziale e identificato in maniera appropriata*" e di specificare che si tratta di "*elementi qualificanti della definizione*" (n. 5).

In ambito nazionale si parla di "*informazioni aziendali*". Il d. lgs. 19.3.1996 n. 198 - a seguito del recepimento dell'accordo *T.R.I.P.s.*¹¹ - ha, infatti, introdotto l'art. 6bis della legge invenzioni, il quale definiva "atto di concorrenza sleale" la rivelazione a terzi, oppure l'acquisizione o utilizzazione da parte di terzi, "*in modo contrario alla*

⁸ Restano escluse da questa nozione "*le esperienze strettamente connesse a capacità e abilità personali, le quali non si traducono in nozioni razionali e definite, suscettibili di comunicazione ad altri soggetti*" e che, pertanto, non possono essere oggetto di automa valorizzazione contabile ai fini dell'iscrizione a bilancio: Cass. 27.2.1985, n. 1699, cit.

⁹ Nello stesso senso anche Cass. 20.1.1992, n. 659, cit. In dottrina, SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, IX t. 1, Milano, 1990, 603 s.

¹⁰ Cass. 27.2.1985, n. 1699, cit. e Cass. civ., sez. I, 20.1.1992, n. 659, cit. In dottrina: VANZETTI - CATALDO, *Manuale cit.*, 445 s.

¹¹ *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, allegato al trattato istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, sottoscritto a Marrakech il 14.4.1995.

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

correttezza professionale”, di informazioni aziendali (ivi comprese le informazioni commerciali soggette al legittimo controllo di un concorrente), le quali: “a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme, o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete”.

Tale disposizione è stata successivamente abrogata e sostituita dall’attuale sezione VII (“*Informazioni segrete*”) del d. lgs. 10/2/2005 n. 30, il cui art. 98 recita: “[1]. *Costituiscono oggetto di tutela le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete. [2]. Costituiscono altresì oggetto di protezione i dati relativi a prove o altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno ed alla cui presentazione sia subordinata l’autorizzazione dell’immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l’uso di nuove sostanze chimiche”.*

Tali informazioni, che comprendono tutte le conoscenze e le esperienze tecniche sviluppate nell’ambito dell’impresa, purché dotate dei requisiti di segretezza e protezione, nonché valore economico ed apprezzabilità oggettiva, costruiscono dunque oggi oggetto di un diritto di privativa, tutelato indipendentemente dalla violazione delle norme sulla concorrenza¹².

Ai sensi del successivo art. 99 “*salva la disciplina della concorrenza sleale, è vietato rivelare a terzi oppure acquisire od utilizzare le informazioni e le esperienze aziendali di cui all’art. 98*”.

Di fronte alla violazione di questi divieti l’ordinamento offre, accanto ai rimedi di natura civilistica ed ai reati contro il patrimonio ed “informatici”, tutela attraverso la previsione di sanzioni penali nei casi di rivelazione di segreti industriali (art. 623 c.p.) o di impedimento del libero esercizio dell’attività d’impresa (art. 513 c.p.), che affiancano in modo più specifico i reati contro il patrimonio o quelli “informatici”. Di recente, con l’introduzione dell’art. 25bis.1 del d. lgs. 231/2001, sono state anche previste sanzioni a carico degli enti.

2. La tutela penale del segreto: l’art. 623 c.p.

¹² UBERTAZZI, *sub Artt. 98-99*, in *Codice della proprietà industriale*, Padova, 2009, 344

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

L'art. 623 c.p. sanziona con la reclusione fino a due anni, a querela della persona offesa, “*chiunque, venuto a cognizione per ragioni del suo stato o ufficio, o della sua professione o arte, di notizie destinate a rimanere segrete, sopra scoperte o invenzioni scientifiche o applicazioni industriali, le rivela o le impiega a proprio o altrui profitto*”.

Si tratta di una norma la cui applicazione ha avuto sinora pochi e, in gran parte, risalenti riscontri in ambito giudiziario. L'esplicito riconoscimento dell'estensione della tutela prestata dall'art. 623 c.p. al *know-how* aziendale è frutto di una pronuncia della Corte di Cassazione del 2001¹³.

Il caso oggetto di giudizio riguardava la rivelazione di notizie destinate a rimanere segrete, compiuta, in violazione di un patto di non concorrenza, da parte di taluni dipendenti dimissionari di una società in favore dell'impresa presso la quale avevano continuato la propria attività lavorativa, e concernente la tecnologia e le modalità di produzione di una macchina d'ispezione a raggi X per l'industria alimentare. Insieme ai dipendenti era stato tratto in giudizio anche il presidente e amministratore delegato della società che aveva ricevuto ed impiegato a proprio favore dette notizie.

Il Pretore di Torino, con sentenza confermata in appello, aveva posto in stretta correlazione il requisito della segretezza delle notizie sulle applicazioni industriali dell'azienda vittima con quello dell'originalità delle informazioni incorporate nel prodotto oggetto di imitazione da parte dell'impresa concorrente, al punto da escludere la sussistenza del fatto nel caso di specie. Il perito aveva, infatti, concluso che la macchina prodotta dalla società destinataria delle rivelazioni fosse diversa da quella di produzione dell'offesa, che i componenti del macchinario erano normalmente reperibili sul mercato, e che, infine, la macchina prodotta dalla ditta costituitasi parte civile non presentava caratteri di originalità (essendo già realizzata negli USA), neppure sotto il profilo dell'assemblaggio.

La Corte di Cassazione ha ribaltato questa prospettiva, prendendo le mosse dagli esiti generalmente accolti in dottrina¹⁴ - e già assunti da più risalente giurisprudenza di legittimità¹⁵ - in ordine ai requisiti richiesti al segreto industriale al fine di godere della tutela offerta dalla norma in esame: per “*notizie destinate a rimanere segrete*” devono intendersi quelle così individuate da una dichiarazione di volontà implicita o esplicita

¹³ Più precisamente, Cass. 19.5.2001, n. 25008, in *Cass. Pen.*, 2002, 1000 s., con nota adesiva di SVARIATI; in *Guida Dir.*, 2001, n. 38, 84, con nota favorevole di FORLENZA; in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, 1093, con nota critica di FOLLA.

¹⁴ MUTTI, voce *Segreti scientifici o industriali (rivelazione di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, XII, Torino, 1997, 70 s. Nello stesso ALBAMONTE, *L'oggetto della tutela penale del reato di rivelazione di segreti scientifici ed industriali*, in *Giust. Pen.*, 1974, II, 272 s. e ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte spec., vol. I, Torino, 1999, 237 ss.

¹⁵ Cass. 3.6.1977, n. 14258, in *Cass. Pen. Mass.*, 1980, 96 s., con nota di BRIGNONE.

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

del titolare dell'impresa che ne fa uso, ancorché questa debba reggersi su ragioni che siano plausibili ed obiettivamente apprezzabili.

In dottrina, infatti, si era individuata la nozione di "segreto" in una relazione tra il soggetto interessato e le informazioni da tutelare, traducendosi nel potere del titolare a impedire ai terzi privi di autorizzazione di accedere, divulgare o usare tali notizie, e, correlativamente, nell'obbligo di questi di astenersi dal compiere queste azioni. Perché questa particolare tutela - implicante limitazioni della sfera di libertà altrui - venga concessa dall'ordinamento, si ritiene però indispensabile che il titolare si trovi una posizione di interesse giuridicamente apprezzabile¹⁶.

Con interpretazione dichiaratamente evolutiva, dettata dalla necessità di tenere conto della sempre più rapida evoluzione tecnologica, la Cassazione è giunta per questa via ad individuare l'interesse tutelato dall'art. 623 c.p. nel "*diritto personale dell'imprenditore alla organizzazione dell'attività economica*": in altre parole, sembra di poter osservare che - al di là dell'espressione usata dalla Corte - siano stati posti al centro della tutela penale del segreto industriale gli investimenti dell'impresa interessata per l'acquisizione del *know-how* necessario al raggiungimento di una posizione di vantaggio nei confronti dei concorrenti.

Si può probabilmente cogliere la *ratio* della decisione ad un'attenta lettura della motivazione osservando come, in effetti, la Corte abbia fatto proprie le tesi dei ricorrenti. Questi avevano sostenuto che per segreto industriale si dovesse intendere quell'insieme di conoscenze ed esperienze maturate, che, accumulatesi negli anni, finiscono col costituire il fondamento stesso del patrimonio aziendale, poiché consentono all'impresa di dare origine ad un prodotto che incontri il favore del mercato, in modo economicamente competitivo. Nel caso di specie si poteva, peraltro, puntualmente riscontrare nei fatti quanto sostenuto: la società che si era slealmente avvalsa delle conoscenze dei dipendenti dimissionari aveva potuto comprimere al massimo i tempi di realizzazione della sua macchina e non aveva incontrato gli errori nei quali normalmente si imbatte chi affronta nuove realizzazioni, con conseguente notevole vantaggio patrimoniale a discapito della società interessata.

Il *know-how* aziendale viene fatto rientrare nel campo di applicazione della norma in quanto riconducibile all'elastica nozione di "*applicazione industriale*", comprensiva - secondo un'opinione risalente e diffusa - di tutte le innovazioni e gli accorgimenti che "*contribuiscono, comunque, al miglioramento e all'aumento della produzione*"¹⁷, ancorché siano privi dei requisiti richiesti per la loro brevettazione¹⁸.

¹⁶ ANTOLISEI, *Manuale cit.*, 207 s.

¹⁷ Di questo avviso MAZZACUVA, *Alcune precisazioni in tema di oggetto materiale del reato di rivelazione di segreti scientifici o industriali*, in *Foro It.*, 1979, II, 307e MUTTI, voce *Segreti cit.*, 74

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

La Corte di Cassazione, con la sentenza richiamata, ha infatti ampliato l'ambito di applicazione della norma in esame¹⁹ fino ad includere “*il segreto industriale in senso lato, intendendosi per tale quell'insieme di conoscenze riservate e di particolari modus operandi in grado di garantire la riduzione al minimo degli errori di progettazione e realizzazione e dunque la compressione dei tempi di produzione*”.

Si è già avuto modo di rilevare come la dottrina si sia mossa nel tentativo di giungere ad una definizione dei confini dell'ambito di copertura penale del segreto industriale, attraverso una puntuale definizione delle nozioni di riferimento e dei loro requisiti. Se, infatti, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che la copertura offerta dall'art. 623 c.p. vada oltre quella predisposta dall'ordinamento civilistico all'invenzione brevettabile, tutt'altro che chiari, al momento, sono i limiti oltre cui non si possa estendere.

La ricerca sin qui condotta non ha potuto, infatti, superare gli ostacoli posti *ab origine* dal tenore letterale della fattispecie tipica²⁰, il cui oggetto di tutela – l'esito dei processi di apprendimento all'interno dell'impresa - tende di per sé a sfuggire ad una definizione previa del contenuto. Ciò a maggior ragione vale con riferimento alla nozione di *know-how* che tende a coprire l'intero patrimonio di conoscenze presenti nell'azienda.

La decisione della Corte di Cassazione menzionata, se non può certo offrire, a riguardo, un approdo definitivo allo studio della disposizione sinora condotto, tuttavia sembra concedere diversi spunti di notevole interesse.

Parrebbe, infatti, di potersi cogliere, in motivazione, una sintesi tra taluni punti fermi raggiunti dal dibattito sviluppatosi in ambito civilistico in tema di *know-how* e gli esiti più avanzati di quello in materia di tutela penale del segreto industriale, dalla quale trarre una possibile chiave utile per l'approfondimento di alcune delle questioni sopra illustrate. Una lettura, che sembrerebbe rispondente alla prassi commerciale e coerente con almeno alcuni degli esiti sin qui raggiunti dalla ricerca condotta in tema e le adozioni di questi fatte dalla giurisprudenza, ma che soprattutto pare in linea con la legislazione che trova applicazione in materia.

Nel tentativo di giungere ad una maggiore delimitazione dell'ambito di applicazione della norma si è cercato in dottrina di ancorare la nozione di “applicazioni industriali” a quelle di “scoperte o invenzioni scientifiche”, asserendo la necessità di un contenuto innovativo e, segnatamente, affermando che la tutela fornita dall'art. 623 c.p.

¹⁸ Cass. 23.6.2000, n. 8944, in *Cass. Pen.*, 2001, 2714 e Cass. 3.6.1977, n. 14258, *cit.* In dottrina, MAZZACUVA, *Alcune precisazioni cit.*, 306.

¹⁹ Sul punto, oltre alla dottrina critica già citata alla precedente nota, si veda altresì la motivazione della sentenza di rinvio della Corte d'Appello di Torino 15.2.2002, n. 564, R.G. n. 2319/2002, inedita.

²⁰ ALESSANDRI, *Riflessi penalistici della tutela dell'invenzione tecnologica*, Milano, 1984, 144; MUTTI, voce *Segreti cit.*, 70.

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

potesse estendersi al solo *know-how* industriale dotato di una certa originalità rispetto alle conoscenze già acquisite²¹.

L'opinione aveva trovato riscontro in passato anche tra i giudici di merito²², ma è stata costantemente respinta dalla Corte di Cassazione, anche di recente²³. Il giudice di legittimità ha infatti più volte affermato che, ai fini della tutela penale del segreto industriale, novità (intrinseca od estrinseca) ed originalità non sono requisiti essenziali delle applicazioni industriali²⁴, poiché non espressamente richiesti dal disposto legislativo e perché l'interesse alla tutela penale della riservatezza non deve necessariamente desumersi da questi attributi delle notizie protette²⁵.

Già prima del d. lgs. 30/2005 era stato ritenuto, invece, fondamentale che le applicazioni industriali non siano state divulgate e che quindi non possano dirsi notorie, non siano cioè a disposizione di un numero indeterminato di persone²⁶. Decisa conferma a questa linea interpretativa sembra proprio offerta dalla nozione di *know-how* desumibile dall'art. 98 d.lgs. 30/2005.

Il legislatore ha adottato una nozione di *know-how* dai contenuti molti ampi e per i quali esclude la necessità che debbano essere brevettabili: impone, invece, che le informazioni che lo compongono restino coperte da riservatezza, abbiano valore economico in quanto segrete e siano oggettivamente apprezzabili ed identificabili. A queste condizioni la conservazione dell'esclusiva sul *know-how* - anche a seguito di trasferimento del diritto di sfruttamento - non solo è considerata conforme alle regole della libera e leale concorrenza, ma gode della tutela per questa apprestata, tanto dall'art. 623 c.p., quanto dal d. lgs. 30/2005.

Per altro verso, è un dato acquisito - da parte tanto della dottrina quanto della giurisprudenza - che il *know-how* costituisce voce autonoma del patrimonio

²¹ ALESSANDRI, *Riflessi cit.*, 169 ss. Nello stesso ALBAMONTE, *L'oggetto cit.*, 272 s.

²² Oltre alle decisioni assunte dalle Corti di merito nel caso sopra esposto si veda Pret. Bergamo, 18.4.1997, in *Foro It.*, 1998, II, 128 s.

²³ Cass. 7.6.2005 n. 25174, in *DeJure*, la quale ribadisce la non necessità del requisito della brevettabilità ex art. 2585 c.c.

²⁴ Cass. 7.2.1973, in *Giust. Pen.*, 1974, II, 267, con nota di ALBAMONTE, *L'oggetto cit.*

²⁵ Cass. 3.6.1977, n. 14258, *cit.*

²⁶ Cass. 3.6.1977, n. 14258, *cit.* ALESSANDRI, *Riflessi cit.*, 165 ss. BRIGNONE, *Un tema giurisprudenziale raro: l'art. 623 c.p.; in particolare sull'industrialità e sulla novità dell'idea inventiva e sul fondamento del segreto*, in *Cass. Pen. Mass.*, 1980, 103. Diverso è, invece, il caso in cui abbia ricevuto tali notizie sia, a sua volta, vincolato anche pattiziamente al mantenimento del segreto: in tal caso non si potrà, infatti, asserire il venire meno dell'interesse del titolare alla riservatezza dell'informazione. La diffusione incontrollata, o incontrollabile, nei confronti di tutti coloro che non ne sono a conoscenza, di notizie inerenti il *know-how* riservato sarebbe, infatti, ancora in grado di ledere il bene giuridico tutelato dalla norma e d'altro, canto non si potrebbe affermare alcuna rinuncia, anche tacita, al diritto alla riservatezza.

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

dell'impresa, in quanto bene giuridico economicamente apprezzabile. L'apprezzamento economico è, a sua volta, misura del vantaggio concorrenziale che da esso deriva all'impresa ed è possibile solo laddove il *know-how* sia trasferibile. Ciò implica che le nozioni incorporate nel *know-how* abbiano raggiunto un certo grado di definizione oggettiva e che non siano già note ai concorrenti, o agevolmente acquisibili con costi ed in un lasso di tempo significativamente inferiori a quelli per la sua costituzione, ma non che siano necessariamente innovative, nel senso da consentire quel "salto tecnologico" presupposto per la brevettabilità.

Alla luce degli elementi sopra esposti, non solo pare giustificabile l'individuazione del bene giuridico tutelato dall'art. 623 c.p. secondo i parametri recepiti dalla giurisprudenza menzionata, ma parrebbe anche possibile individuare alcuni criteri guida per limitare l'estensione della tutela penale del *know-how*: sembrerebbe, infatti, possibile collocare il limite della tutela penale del segreto alle informazioni che producano un effettivo vantaggio concorrenziale e raggiungano un grado di definizione tale da godere dell'apprezzamento da parte del mercato.

Queste riflessioni possono forse offrire alcuni argomenti utili circa le questioni sollevate dalla particolare posizione dell'ex collaboratore dell'impresa.

Il problema è stato tradizionalmente posto nei riguardi dei soli dipendenti, ai quali la dottrina più risalente limitava i possibili soggetti attivi del reato. La tesi – fondata sulla ritenuta coincidenza degli interessi posti alla base dell'art. 623 c.p. e 2105 c.c. e degli obblighi di riservatezza che queste disposizioni impongono – è stata sottoposta a penetranti critiche e può dirsi superata. Si ritiene oggi pacificamente che, in parallelo con l'art. 622 c.p., destinatario del precetto incriminante possa essere *chiunque*, indipendentemente dal tipo di rapporto contrattuale che leghi l'autore all'impresa²⁷. Si sostiene, peraltro, che l'unica condizione richiesta per la sottoposizione al precetto in esame sia il nesso funzionale esistente tra l'inserimento all'interno della struttura aziendale - in relazione al particolare rapporto contrattuale, che leghi l'impresa al soggetto - e l'accesso che questi ha alle informazioni riservate²⁸.

Questa prospettiva esclude, inoltre, la sanzione *ex art.* 623 c.p. nei casi di apprendimento abusivo alle notizie o di condotte tipiche tenute da soggetti non inseriti nell'organizzazione dell'azienda, i quali ricadrebbero, invece, sotto le previsioni degli artt. 621 o 622 c.p., ovvero ancora delle fattispecie tipiche in materia patrimoniale o informatica²⁹.

Non unanime, d'altro canto, è l'opinione dei commentatori, in ordine alle notizie rispetto alle quali opererebbe la tutela apprestata dalla norma. Secondo alcuni autori, questa non si estenderebbe ai casi di apprendimento occasionale, da parte di

²⁷ ALESSANDRI, *op. cit.*, 198 ss.

²⁸ ALESSANDRI, *op. cit.*, 250 ss.

²⁹ ALESSANDRI, *op. cit.*, 252.

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

collaboratori, di notizie alle quali questi non avrebbero accesso in ragione dell'incarico ricevuto³⁰.

Occorre, tuttavia, rilevare che non pare di immediata comprensione questa esclusione, alla luce del riconoscimento - operato dalla medesima dottrina - della *ratio* della disposizione incriminatrice nella tutela dell'organizzazione dell'impresa, anche in relazione alle esigenze di inserimento degli addetti³¹. La giurisprudenza, dal canto suo, considera irrilevante la legittimità o meno delle modalità di apprendimento delle notizie riservate³².

Orbene, tutto ciò fermo restando, uno dei problemi che spesso si pone, nel caso di passaggio di un collaboratore da un'impresa ad un'altra, è che non è agevole distinguere tra il patrimonio di conoscenze dell'impresa di provenienza e quelle maturate dal medesimo nel corso della propria esperienza lavorativa.

Un utile criterio discretivo potrebbe essere fornito dalla possibilità di trasferimento autonomo delle conoscenze in questione. Laddove questa caratteristica manchi non sarebbe, infatti, possibile individuare un elemento del patrimonio dell'impresa economicamente apprezzabile: *“non rientrano, invece, nel concetto di “know how” le esperienze connesse con l'abilità o l'esperienza personale di un singolo individuo, le cui conoscenze non possono costituire un bene patrimoniale dell'azienda, non essendo trasferibili autonomamente, ma costituendo sempre e soltanto l'espressione delle doti e della professionalità di quell'individuo”*³³.

3. La tutela penale della concorrenza: l'art. 513 c.p.

L'adozione di comportamenti violenti verso cose ovvero di mezzi fraudolenti, al fine di impedire o turbare l'esercizio di un'industria o di un commercio, costituisce, ai sensi dell'art. 513 c.p., reato punibile a querela di parte con la reclusione fino a due anni e la multa da 103 a 1.032 Euro, sempre che il fatto non costituisca reato più grave.

Anche in questo caso, si tratta di una disposizione che ha avuto uno scarsissimo riscontro giurisprudenziale, ancorché sia stata posta a tutela di interessi che, con il sempre crescente sviluppo delle tecnologie e dell'economia d'impresa, hanno assunto un peso sempre più rilevante.

Collocata all'interno del capo dedicato ai delitti contro l'industria e il commercio, nell'intenzione espressa dei compilatori del codice e recepita dalle letture più tradizionali, la disposizione in esame sarebbe stata posta a garanzia dell'interesse generale all'ordinato svolgimento delle attività d'impresa³⁴. L'approfondimento

³⁰ Per una panoramica del dibattito in tema, si veda GARGIULO, *op. cit.*, 861s.

³¹ ALESSANDRI, *op. cit.*, 250.

³² Cass. pen., sez. II, 7.2.1973, *cit.*

³³ DEZZANI-PISONI-PUDDU, *Il bilancio e la IV direttiva CEE*, Milano, 1991, 79.

³⁴ EBNER, *Codice Penale, Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, diretta da LATTANZI-LUPO, *sub Art. 513*, Milano, 2000.

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

dottrinale più recente - ponendo l'accento sul regime di procedibilità a querela - ha individuato, invece, l'oggetto primario della tutela nella libera iniziativa commerciale del privato riconosciuta dall'art. 41 Cost.³⁵, ed ha collocato il regolare funzionamento del sistema economico in posizione soltanto eventuale, ritenendo che dall'ostacolo o la turbativa di una singola impresa non potrebbe derivare la messa in pericolo dell'intero sistema economico in conseguenza delle condotte previste dall'art. 513 c.p.³⁶.

Una più recente lettura ha superato la contrapposizione cui si è accennato, facendo proprie le conclusioni raggiunte in tema da una delle pochissime pronunce della Corte di Cassazione pubblicate in tema: *“il bene giuridico sacrificato dall'offesa descritta dalla norma è il libero e normale svolgimento della industria e del commercio, il cui turbamento si riverbera sull'ordine economico”*³⁷.

Si osserva, in proposito, che la libertà d'iniziativa economica è un concetto riferibile *“sia alla libertà del singolo imprenditore di esercitare senza costrizioni, violenze o condizionamenti la propria attività, sia alla libertà di tutti gli imprenditori di poter operare in un mercato in cui siano rispettati i principi di un'onesta concorrenza”*³⁸. In questo senso, il diritto di querela svolge, in relazione a questa fattispecie, una funzione di raccordo tra la turbativa all'esercizio della singola impresa commerciale e il bene giuridico dell'economia pubblica, sicché il suo l'esercizio costituisce misura della concreta capacità lesiva della condotta punita.

Secondo questa lettura, l'interesse all'ordinato svolgimento dell'impresa finisce con il collocarsi in una prospettiva parallela - e per certi versi coincidente - a quella sopra illustrata in relazione alla protezione offerta al segreto industriale. In entrambi i casi, la regolarità del funzionamento del mercato concorrenziale è, infatti, un bene che l'ordinamento protegge attraverso l'imposizione di comportamenti che assicurino la lealtà del confronto tra gli operatori e, più specificamente, sottoponendo a sanzione criminale violazioni tipizzate della correttezza professionale, idonee a danneggiare l'altrui azienda, in ragione della capacità lesiva degli equilibri dell'economia generale.

Questa coincidenza di prospettive emerge con chiarezza laddove si consideri la potenzialità lesiva - tanto dei singoli operatori coinvolti, quanto del sistema competitivo - di azioni concorrenziali, che hanno per effetto l'elisione di una componente fondamentale del patrimonio dell'altrui azienda (il *know-how*, per l'appunto), facendo

³⁵ CONTI, voce *Industria e commercio (attentati all')*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1975.

³⁶ PEDRAZZI, *Turbativa della libertà dell'industria e del commercio*, in *Enc. Giur.*, XLC, Milano, 1992; RUGA RIVA, *Turbata libertà dell'industria e del commercio*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIV, Torino, 1999, 414.

³⁷ Cass. 2.2.1995, n. 3445, in *Riv. pen. ec.*, 1996, 374. Nello stesso senso, anche Cass. 20.11.1961, in *Giust. Pen.*, 1962, II, 776.

³⁸ PEZZINNI, *L'art. 513 c.p.: la tutela penale della libertà dell'industria e commercio dal codice penale toscano al codice Rocco*, in *Ind. Pen.*, 2002, 1125.

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

ricorso alla cooperazione dei collaboratori - se non anche di soci, amministratori o dirigenti - dell'impresa interessata.

Non è forse casuale, quindi, che, tra i casi di maggiore risonanza in cui è stato applicato l'art. 513 c.p.³⁹, si trovi una vicenda concernente la sottrazione di nozioni - non oggetto di brevetto, ma frutto di sperimentazioni e progressivi affinamenti, oggetto di investimenti durati svariati anni - costituenti il patrimonio tecnico, "*fulcro della produzione*" e "*cuore dell'avviamento*" di un'azienda.

Il processo aveva visto come protagonisti gli amministratori e i soci di maggioranza di una società produttrice di lavatrici industriali, i quali avevano travasato - con abuso della posizione dominante da questi goduta - la tecnologia dell'impresa in altra società da essi costituita appositamente e totalmente controllata, al fine di avviare una nuova attività in concorrenza con quella originaria. La massima della sentenza d'Appello illustra chiaramente la logica delle decisioni: "*commette il reato di cui all'art. 513 c.p. l'amministratore di una società per azioni che, ingerendosi nella direzione tecnica e abusando della situazione di predominio nella società medesima derivatogli dal possesso del pacchetto azionario di maggioranza in capo ai suoi familiari, trasferisce fraudolentemente cognizioni tecniche, disegni e procedimenti industriali ad altra società di cui ha il controllo, arrecando grave turbativa all'esercizio dell'industria e del commercio della società originaria*". La medesima condotta è stata ritenuta anche fonte di responsabilità *ex art. 623 c.p.*

La *ratio* decisiva delle pronunce di merito si rinviene, per l'appunto, - e per quanto qui interessa - nel riconoscimento degli estremi della nozione di "*mezzi fraudolenti*" nella sistematica ingerenza nell'attività dell'impresa operata da un amministratore, con la connivenza dei dirigenti e dei tecnici della stessa, grazie alla quale costui aveva potuto fotocopiare la documentazione tecnica della società di provenienza e poi trasferirne i contenuti in quella di nuova costituzione, con il consenso degli amministratori di quest'ultima.

La medesima impostazione è stata implicitamente accolta anche dalla Corte di Cassazione, la quale - come s'è visto - ha riconosciuto a tali condotte una capacità lesiva tanto dell'ordine economico generale, quanto della singola impresa, l'esercizio della quale anche la sola divulgazione è in grado di produrre un turbamento penalmente rilevante.

Si tratta, peraltro, di una prospettiva che - se non può, forse, dirsi consolidata per l'esiguità delle decisioni in materia - trova risalenti precedenti di merito conformi⁴⁰.

³⁹ Sono state pubblicate tutte le Sentenze relative ai tre gradi di giudizio: Pret. Bologna, 28.11.1992, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1993, 1077; App. Bologna, 13.7.1994, in *Foro It.*, 1995, II, 248; Cass. 2.2.1995, n. 3445, *cit.*

⁴⁰ Pret. Bologna, 7.7.1989, in *Giur. Mer.*, 1989, 1179

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

Anche in quell'occasione il caso posto avanti il Pretore di Bologna riguardava il trasferimento di *know-how* da una società, ad opera dei concessionari di questa, verso una nuova società da questi ultimi partecipata per il tramite di finanziarie da questi possedute. Il Giudice - consapevole della necessità di evitare forzature ad un sistema immaginato in un diverso contesto economico-sociale - si era preliminarmente posto il problema di trovare il discrimine tra una condotta lesiva delle regole del *fair-play* del confronto commerciale ed una meritevole di sanzione criminale.

La giurisprudenza antecedente era giunta alla conclusione che “*elemento essenziale per la sussistenza del delitto è l'uso di mezzi fraudolenti tesi all'impedimento o alla turbativa dell'esercizio di un'industria o un commercio*”, specificando, al contempo, la necessità di un nesso teleologico fra i mezzi fraudolenti adottati e la turbativa prodotta e che l'adozione di siffatte condotte non possa avere come unico esito la produzione di utile economico⁴¹.

Mentre è pacifico che l'“impedimento” non debba necessariamente essere definitivo, per “turbamento” s'intende generalmente l'alterazione del normale svolgimento dell'attività d'impresa⁴², ricondotta, a sua volta, da taluni autori in termini più specifici ad una “*qualunque interferenza atta a pregiudicare la redditività*” della medesima⁴³.

Si afferma sinteticamente, quindi, che alle due nozioni vadano riferiti tutti gli ostacoli di rilievo al normale sviluppo dell'attività commerciale, “*sia facendo in modo che essa non abbia inizio o venga a cessare, sia inceppandola o creando comunque un disordine per effetto del quale al stessa non possa svolgersi regolarmente*”⁴⁴.

Questo stato di cose deve essere il prodotto di condotte alternativamente rilevanti, ma cumulative qualificabili come violenza sulle cose o fraudolente⁴⁵.

Si ritiene unanimemente che per l'interpretazione della “violenza sulle cose” si debba far riferimento all'art. 392 comma 2 c.p.

Quanto alla “frode”, la lettura generalmente accolta si richiama al concetto di inganno - da intendersi come induzione in errore - e riferibile tanto nei confronti dell'imprenditore quanto dei terzi, compresi i consumatori⁴⁶.

Secondo alcuni commentatori non sarebbero, pertanto, riconducibili all'alveo di applicazione della norma le ipotesi di clandestinità, poiché sarebbero prive di capacità decettiva⁴⁷.

⁴¹ Cass. 5.3.1970, *Cass. pen. Mass.*, 1971, 792.

⁴² ANTOLISEI, *Manuale...*, cit., 165; RUGA RIVA, *Turbata libertà...*, cit., 418.

⁴³ PEDRAZZI, *Turbativa...*, cit., 285.

⁴⁴ CONTI, *op. cit.*, 620.

⁴⁵ La dottrina sul punto è unanime.

⁴⁶ PEDRAZZI, *Turbativa cit.*, 285; RUGA RIVA, *op. cit.*, 418.

⁴⁷ Ancora PEDRAZZI, *Turbativa...*, cit., 285 e RUGA RIVA, *op. cit.*, 418.

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

Altra dottrina adotta, invece, un'interpretazione più estesa, generalmente accolta anche dalla giurisprudenza. Si afferma, più specificamente, che nella fattispecie in parola il termine "fraudolento" ha un significato oggettivo e vi si possono ricondurre condotte idonee a trarre in inganno, comprensive anche della clandestinità e costituenti artifici, raggiri, simulazioni, menzogne, ma anche "*forme accentuate di slealtà commerciale*"⁴⁸: sono, in particolare, considerate possibili fonti di responsabilità penale le condotte previste dall'art. 2598 c.c., idonee a ingannare i consumatori, quali la produzione di beni in grado di produrre confusione (e sempre che non violino le disposizioni a tutela dei segni distintivi) e le notizie o gli apprezzamenti falsi o tendenziosi sui concorrenti, tra i quali la pubblicità mentoniera.

La giurisprudenza, dal canto suo, riscontra i tratti della frode, ai sensi e per gli effetti dell'art. 513 c.p., in condotte concorrenziali sleali, non tanto in quanto ingannevoli in senso stretto, quanto piuttosto rivelatrici di "*un vero e proprio disegno lucidamente concepito e perseguito per erodere alcuni dei pilastri fondamentali dell'organizzazione economica*" dell'azienda vittima⁴⁹, quale certamente è il *know-how*.

E' in questi elementi si rinviene pertanto il *quid pluris*, rispetto alla slealtà nella concorrenza civilmente sanzionata, che giustifica la reazione penale. In particolare – evidenzia una certa dottrina – l'intento specifico di turbare o impedire l'esercizio dell'impresa concorrente, che caratterizza il dolo di fattispecie e connota la condotta sanzionata *ex art.* 513 c.p., rappresenta l'indice della tutela apprestata dalla norma penale e trascendente l'interesse del singolo operatore alla lealtà del confronto economico⁵⁰: una posizione soggettiva, quest'ultima, che trova nelle disposizioni previste dall'art. 2598 c.c. e dagli artt. 98 e 99 d. lgs. 30/2005 il suo riscontro e la sua protezione, sotto il profilo patrimoniale.

Giurisprudenza e dottrina sono, peraltro, concordi nell'individuare un limite all'operatività del precetto penale laddove l'autore dell'illecito operi per mere finalità di lucro e non vi siano intenti lesivi dell'impresa interessata, nel senso sopra descritto⁵¹.

Così ricostruiti interesse protetto e condotta tipica dell'art. 513 c.p., appare allora plausibile sostenere l'applicabilità della disposizione ai casi più gravi di violazione di sottrazione ed impiego abusivi del *know-how* industriale di un'azienda, caratterizzati dall'impiego di mezzi particolarmente insidiosi – quali artifici, raggiri, sotterfugi, o simulazioni di varia specie – e finalizzati a sottrarre all'impresa parti qualitativamente o

⁴⁸ CONTI, voce *Industria ...*, cit., 620; PEZZINNI, *L'art. 513 c.p. cit.*, 1137 s.

⁴⁹ Pret. Bologna, 7.7.1989, cit.

⁵⁰ PEZZINNI, *L'art. 513 c.p. ...*, cit., 1133 s.

⁵¹ Cass. 5.3.1970, cit.; Pret. Bologna, 7.7.1989, cit. In dottrina: PEDRAZZI, *Turbativa...*, cit., 285; PEZZINNI, *L'art. 513 c.p. ...* cit., 1134; RUGA RIVA, *Turbata libertà ...*, cit., 419.

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

quantitativamente rilevanti del patrimonio di conoscenze da questa prodotto ed accumulato nel tempo, e a metterlo disposizione - mediante trasferimento diretto o divulgazione - di terzi, così da cagionare serie difficoltà al raggiungimento dei risultati economici che dall'azienda interessata ci si poteva ragionevolmente attendere, se non addirittura impedire l'avvio o la continuazione dell'impresa.

Questa ricostruzione appare più evidente nei casi, come quelli oggetto delle decisioni illustrate, in cui destinatari della divulgazione sono diretti concorrenti dell'impresa interessata, tuttavia, la lettura sin qui condotta, sembrerebbe altresì autorizzare la riconduzione nell'ambito di applicazione della norma anche situazioni differenti, nei quali non vi sono terzi destinatari specifici della divulgazione.

La particolare natura del bene *know-how* - implicante la stretta correlazione tra riservatezza, non notorietà e riconoscimento economico e giuridico della sua sussistenza - induce a ritenere che anche solo la messa a disposizione di un pubblico indefinito di notizie riservate sia in grado di vanificare gli investimenti fatti, ed avere la conseguenza di impedire - o anche solo di rendere considerevolmente più oneroso - lo sviluppo programmato dell'attività d'impresa: si pensi, ad esempio, a situazioni in cui l'impresa interessata abbia effettuato ingenti investimenti, destinati al conseguimento di un brevetto finalizzato all'attuazione di un piano industriale, il cui contenuto inventivo sia reso noto anzitempo.

L'art. 513 c.p. opera tuttavia, anche in ambito più ampio dell'art. 623 c.p. Sotto il profilo oggettivo, anche la semplice considerazione che oggetto del turbamento prodotto è l'esercizio di una qualsiasi impresa rientrante nella definizione contenuta nell'art. 2195 c.c., consente, infatti, di affermare la possibilità di estendere la tutela offerta dalla prima delle due disposizioni anche al *know-how* commerciale.

Gli interessi oggetto della tutela prestata per effetto dell'art. 513 c.p., attraverso l'incriminazione di azioni concorrenziali specificamente dirette ad ostacolare od impedire l'impresa altrui, si connotano in chiave più generale di quelli protetti dall'art. 623 c.p., offrendo una prospettiva maggiormente rivolta alla garanzia dell'intero sistema dei rapporti mercantili; ciò che potrebbe, peraltro, dare giustificazione ad una sanzione edittale, seppure di poco, più grave.

Anche sotto il profilo soggettivo l'art. 513 c.p. offre un ambito di copertura più ampio, non essendovi ragione alcuna per imporre alla sua applicazione i limiti richiesti dal tenore letterale dell'art. 623 c.p. Sembra quindi di poter concludere che, ove gli estremi del fatto lo richiedano, le due norme operino in concorso formale tra loro.

Con legge 23 luglio 2009 n. 99 il reato previsto all'art. 513 c.p. è entrato a far parte di quelli che possono costituire presupposto per la sanzione dell'ente: in relazione alla commissione di questo reato, da parte di soggetti anche di fatto apicali o loro sottoposti, anche esterni all'ente (quali consulenti o progettisti), nell'interesse o a vantaggio di quest'ultimo, si applica la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote (da 258.000 Euro fino a 774.500 Euro).

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

L'introduzione di questa nuova fattispecie non sembra, a prima vista, presentare particolare questioni interpretative. Al fine di verificare la capacità di deterrenza della norma, ci si domanda tuttavia se, accanto alla sanzione pecuniaria, sia applicabile anche la confisca obbligatoria del profitto del reato di cui all'art. 19 d. lgs. 231/2001 del medesimo decreto, i cui effetti possono già essere anticipati nel corso delle indagini da misure cautelari attraverso il ricorso al sequestro preventivo di cui all'art. 53 d. lgs. 231/2001⁵².

Per provare a dare una risposta al quesito posto, occorre prendere le mosse dalla controversa nozione di "profitto del reato". Nel caso in questione si tratta in particolare di capire se sia sottoponibile a confisca un valore non materiale, quale potrebbe essere una posizione di preminente vantaggio concorrenziale acquisito illecitamente, ai sensi dell'art. 513 c.p., oppure il *know how* stesso, nell'ipotesi in cui il reato sia realizzato attraverso una condotta violenta o fraudolenta che abbia per effetto l'acquisizione abusiva di informazioni in precedenza nella disponibilità esclusiva di un terzo.

In giurisprudenza un punto fermo sul tema è oggi rappresentato dalle conclusioni tratte dalle sezioni unite, con sentenza 27/3/2008 n. 26654⁵³, per le quali "*il profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca, disposto - ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001, artt. 19 e 53 - nei confronti dell'ente collettivo, è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato*".

Ad analoghe conclusioni era giunta anche la dottrina che si era occupata di individuare la nozione di profitto, con specifico riferimento all'art. 19 d. lgs. 231/2001⁵⁴: "*tenendo conto degli usi terminologici del legislatore all'interno del d.lgs. n. 231/2001 e dei peculiari tratti di disciplina degli istituti previsti dallo stesso decreto legislativo, può concludersi che, giacché con la confisca del profitto si intende punire l'ente impedendogli di conseguire i vantaggi derivantigli dalla commissione del reato da cui dipende l'illecito a suo carico, in primo luogo il profitto deve costituire un vantaggio e più precisamente un vantaggio consistente in un bene del mondo esterno, unico aggredibile con una misura di carattere reale; si deve poi trattare di un vantaggio dotato di valore, in quanto solo in riferimento ad esso può individuarsi un*

⁵² Tra gli Autori che hanno trattato delle varie figure di confisca ex d. lgs. 231/2001: BASSI – EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano 2006; PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO, *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008; D'AVIRRO – DI AMATO, *La responsabilità degli enti da reato*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa* a cura di DI AMATO, Padova, 2009; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di GROSSO – PADOVANI – PAGLIARO, Milano, 2008; AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Milano, 2005. In giurisprudenza: Cass. S.U., 27.03.2008 n. 26654, in *DeJure*.

⁵³ Cass. S.U., 27.03.2008 n. 26654, cit. La più recente sentenza di legittimità Cass. 13.1.2009, n. 7718, in *De Jure*, ne ribadisce le conclusioni sul punto.

⁵⁴ EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *Resp. Amm. Enti Soc.*, 3/2006, 73 ss.

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

interesse dell'agente al suo conseguimento e quindi solo in detti limiti può considerarsi movente da rimuovere per disincentivare la commissione del reato (e dell'illecito da questo dipendente). Poiché un bene del mondo esterno dotato di valore è un bene patrimoniale ciò comporta il carattere patrimoniale del profitto soggetto a confisca. Poiché si tratta di profitto del reato deve poi essere un bene di carattere patrimoniale di cui possa predicarsi un nesso con il reato da cui dipende l'illecito”.

La nozione di profitto così individuata si ancora su due criteri selettivi: la patrimonialità e la derivazione causale diretta ed immediata dall'illecito sanzionato⁵⁵.

Sembrerebbe allora possibile ipotizzare che il *know how* acquisito all'esito di una condotta riconducibile alla fattispecie dell'art. 513 c.p. sia confiscabile. Parrebbe, infatti, che le caratteristiche essenziali della valore economico e dell'apprezzabilità oggettiva del *know how* consentano di superare le obiezioni della dottrina contraria ad includere utilità che non conducono ad incremento del patrimonio, come le posizioni concorrenziali dominanti, oppure le riduzioni di costi⁵⁶.

Di un certo interesse a riguardo sono anche le motivazioni della sentenza di cassazione 6.11.2008 n. 45389, con la quale la suprema corte, facendo leva sulle finalità sanzionatorie della confisca e sull'evoluzione della legislazione internazionale in materia, giunta a ritenere sequestrabile l'avviamento di un'impresa: *“l'interpretazione evolutiva in subiecta materia, in linea con la ratio dell'istituto quale sopra delineata ed anche con la normativa internazionale che ha sempre considerato come oggetto della confisca il provento illecito, ovvero ogni vantaggio economico derivato dal reato, evidenzia la correttezza della determinazione adottata dal Tribunale del riesame nell'impugnata ordinanza, sotto il profilo che anche l'incremento dell'avviamento dell'impresa aggiudicataria, in termini di ritorno economico in considerazione della rilevanza della commessa, del cospicuo importo della stessa, della pubblicità che ne deriva alla società interessata, costituisce un vantaggio economico che la società ritrae, sia pure in forma indiretta e mediata, come conseguenza della attività criminosa alla stessa riferibile”*⁵⁷.

Sembra evidente che la confisca del *know how* non possa essere fatta che per equivalente; da ciò il problema (che a chi scrive non pare di immediata soluzione) del corretto metodo di valutazione da adottare. E non ci si riferisce alla *querelle* sul profitto

⁵⁵ MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale (seconda parte: misure cautelari interdittive e sequestro preventivo a fini di confisca)*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 1/2010, 168

⁵⁶ DE VERO, *La responsabilità ... cit.*, 249 ss.; MONGILLO, *Profili critici ... cit.*, 170 ss. dove si trovano ulteriori riferimenti. Più propensi ad un allargamento della nozione di profitto a valori immateriali sembrano EPIDENDIO, *Sequestro preventivo cit.*, 73ss.; SANTORIELLO, *La nozione di profitto confiscabile e la sorte dei beni immateriali*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 4/2009, 131 ss.; BATTAGLIA, *Le sanzioni*, in D'AVIRRO – DI AMATO, *La responsabilità ... cit.*, 339 ss.

⁵⁷ Cass. 6.11.2008 n. 45389, in *Dejure*.

STUDI E OPINIONI

LA TUTELA PENALE DEL KNOW HOW INDUSTRIALE

“lordo” o “netto”, quanto piuttosto alla difficoltà di trovare un metro di giudizio adatto ad un bene che è iscritto a bilancio tra le immobilizzazioni immateriali, sulla base del criterio del costo, ma il cui apporto positivo al patrimonio dell’acquirente risiede nel contributo a fornire reddito futuro.

Ciò tuttavia non toglie che la possibilità di sequestro preventivo rappresenti un pesante strumento di deterrenza a tutela della correttezza dei rapporti commerciali.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

Enti locali - E' stato pubblicato il Decreto del Presidente della Repubblica, 7 settembre 2010, n. 168, contenente il *Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a norma dell'art. 23-bis, comma 10, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

Il testo del regolamento è reperibile su *Gazzetta Ufficiale*, 12 ottobre 2010, n. 168.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

CONSOB

Obblighi di comunicazione dei soggetti vigilati – La Consob ha pubblicato sul proprio sito un documento contenente alcuni chiarimenti relativi agli obblighi di comunicazione previsti per i soggetti vigilati dalla delibera n. 17297 del 28 aprile 2010.

Il testo è disponibile per la lettura sul sito: www.consob.it

Opa e Ops – Sul sito della Consob è disponibile il materiale illustrativo concernente la revisione della regolamentazione in materia di offerte pubbliche di acquisto e di offerte pubbliche di scambio.

Il testo è disponibile per la lettura sul sito: www.consob.it.

GIURISPRUDENZA

Trust liquidatorio - Il Tribunale di Milano, nell'ambito di un giudizio di merito conseguente al sequestro giudiziario dei beni conferiti da una società in nome collettivo in un trust liquidatorio, ha recentemente avuto modo di affermare che: *“Ciò non esclude la liceità di un trust liquidatorio, che (...) potrebbe avere la sua utilità nell'affidare la crisi dell'impresa a soggetti terzi meno interessati rispetto all'imprenditore insolvente, magari anche consentendo una prosecuzione dell'impresa e la salvaguardia di valori – quali l'avviamento – legati al suo funzionamento. Tuttavia questo tipo di trust dovrebbe contenere clausole che ne limitino la operatività nel caso di insolvenza conclamata, in modo da restituire i beni comunque alla procedura inderogabile e di carattere pubblicistico prevista per questi casi. In parole semplici un trust liquidatorio, per armonizzarsi con la disciplina della convenzione, (...) deve prevedere che in caso di*

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 21/2010

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

fallimento i beni siano restituiti al curatore”.

Il testo integrale della sentenza del Tribunale di Milano, 29 ottobre 2010, è reperibile sul sito www.ilcaso.it.

Procedimento monitorio. Termini processuali. Società in accomandita semplice - Il Tribunale di Udine ha avuto modo di precisare che il mutamento di un consolidato orientamento giurisprudenziale nell'interpretazione delle norme processuali - nel caso di specie quelle inerenti l'opposizione a decreto ingiuntivo - rappresenta un valido motivo per rimettere in termini quella parte processuale che sia incorsa in decadenze avendo fatto affidamento nel precedente orientamento su cui ha poi modellato il proprio comportamento. Inoltre si è affermato che nel procedimento monitorio il creditore può esperire l'azione di condanna non solo nei confronti della società in accomandita semplice con cui ha stipulato un rapporto contrattuale, ma anche nei confronti del socio accomandatario illimitatamente responsabile, risultando lo stesso un coobbligato solidale ed operando il cd. *beneficium escussionis* solo in sede esecutiva.

La segnalazione della pronuncia del Tribunale di Udine, 3 novembre 2010, è stata tratta dal sito www.telediritto.it.

Istanza di fallimento illegittima. Risarcimento del danno - La Corte di Cassazione - nell'ambito di un giudizio afferente la richiesta di un'impresa al risarcimento dei danni nei confronti di un professionista a seguito del rigetto di un'istanza di fallimento proposta dallo stesso professionista - ha statuito che il creditore che presenta istanza illegittima di fallimento verso una società è tenuto al risarcimento del danno, precisando che l'accertamento, ai fini della condanna al risarcimento dei danni da responsabilità aggravata *ex art. 96 cod. proc. civ.*, dei requisiti dell'aver agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, ovvero del difetto della normale prudenza, implica un apprezzamento non censurabile in sede di legittimità, ove la motivazione in ordine alla sussistenza o meno dell'elemento soggettivo, all'an e al quantum dei pregiudizi di cui sia chiesto il risarcimento risponda ad esatti criteri logico-giuridici.

Il testo integrale della sentenza della Corte di Cassazione, 10 novembre 2010, n. 22826, è reperibile sul sito www.italiaoggi.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Pubblicate le quotazioni delle valute estere per i mesi di settembre e ottobre 2010 -

Sul sito Internet dell'Agenzia delle entrate (www.agenziaentrate.it – Provvedimenti soggetti a pubblicità legale) sono stati pubblicati, con allegate le relative tabelle, i Provvedimenti recanti - ai sensi dell'art. 10, comma 9, del Tuir e agli effetti degli articoli dei Titoli I e II, dello stesso Tuir, che vi fanno riferimento - l'accertamento del cambio delle valute estere per i mesi di settembre e ottobre 2010.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 14 ott. 2010, prot. 2010/143848)

(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 9 nov. 2010, prot. 2010/156447)

Riaperti i termini per le istanze di rimborso dell'Iva estera - Il Consiglio europeo ha riaperto i termini (scaduti lo scorso 30.09.10) per la presentazione delle istanze per il rimborso, da parte di operatori economici Ue, dell'Iva assolta nel 2009 in Stati membri diversi da quelli di stabilimento.

Il nuovo termine è stato fissato al 31 marzo 2010.

(Direttiva 2010/66/UE del 14 ott. 2010, in Guue serie L275 del 20 ott. 2010)

Comunicazione dell'impronta relativa ai documenti informatici rilevanti ai fini tributari - L'Agenzia delle entrate ha dettato nuove disposizioni relative all'oggetto, così sintetizzandole con un proprio comunicato stampa:

“In soffitta tutta la carta. Da oggi basta comunicare al Fisco l'impronta dell'archivio informatico dei documenti, che li sigilla senza possibilità di modificarli o sostituirli. Il provvedimento firmato dal direttore dell'Agenzia detta le istruzioni che il responsabile della conservazione “leggera” dei file dovrà seguire per trasmettere telematicamente alle Entrate l'impronta digitale dell'archivio informatico dei documenti fiscalmente rilevanti, con riferimento ai periodi d'imposta 2010 e precedenti. Si ricorda, infatti, che - in virtù di quanto disposto dal dm 23 gennaio 2004 sulle modalità di assolvimento degli obblighi fiscali per i documenti informatici e la loro riproduzione in diversi tipi di supporto - già da sei anni le aziende possono distruggere fatture e altra documentazione cartacea dopo averla memorizzata su un supporto informatico, a condizione che generino questa impronta.

Come e quando comunicare l'impronta - La comunicazione deve essere inviata esclusivamente tramite il canale Entratel o Fisconline e deve contenere, tra le altre informazioni, i dati identificativi dell'interessato, del responsabile della conservazione o del suo eventuale delegato, l'elenco dei documenti cui si riferisce l'impronta, l'indicazione del luogo in cui è conservata l'evidenza informatica da cui è stata generata l'impronta, la marca temporale apposta all'archivio. In via generale, i contribuenti che creeranno l'archivio

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

informatico dei documenti relativi al 2010 dovranno comunicarne l'impronta entro gennaio 2012.

Cosa accade per i documenti più datati già archiviati - Inoltre, per gli anni d'imposta precedenti al 2010, i contribuenti che hanno proceduto a conservare i documenti rilevanti ai fini tributari con modalità digitale dovranno trasmettere le comunicazioni sempre entro gennaio 2012, ossia entro lo stesso termine d'invio previsto per comunicare l'impronta dell'archivio informatico relativo al 2010. Si ricorda che la comunicazione all'Agenzia delle Entrate estende la validità dei documenti fino a che permane l'obbligo di conservarli ai fini tributari."

(Agenzia delle entrate, Provvedimento n. 2010/143663 del 25 ott. 2010)

Consolidato nazionale, computo delle perdite per maggiori imponibili da accertamento - L'Agenzia delle entrate ha emanato un Provvedimento relativo alla "Approvazione del modello per l'istanza di computo in diminuzione delle perdite dai maggiori imponibili derivanti dall'attività di accertamento nei confronti dei soggetti che aderiscono al consolidato nazionale prevista dal comma 3 dell'art. 40-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, modalità di presentazione e conseguenti attività dell'ufficio competente.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento, prot. n. 2010/154309 del 29/10/10)

PRASSI

Verifica dell'esistenza dei presupposti per accedere allo "Scudo fiscale" - L'Agenzia delle entrate ha dettato ai dipendenti uffici le linee di condotta circa i controlli che dovranno essere effettuati qualora, in caso d'attività ispettiva, venisse riscontrato il versamento dell'imposta straordinaria sulle attività finanziarie e patrimoniali oggetto di rimpatrio o regolarizzazione (dl 78/2009).

La relativa circolare si articola come segue:

1. Premessa
2. Acquisizione di copia della dichiarazione riservata e di elementi sintetici di riscontro
3. Verifica dell'esistenza del presupposto impositivo
 - 3.1 Verifica del requisito della residenza in Italia
 - 3.2 Verifica della effettività della detenzione all'estero delle attività indicate nella dichiarazione riservata
 - 3.3 Verifica della effettività del rimpatrio o regolarizzate
4. Verifica della assenza di cause ostative per gli effetti preclusivi ed estintivi
5. Adempimenti interni.

(Agenzia delle entrate, circ. n. 52 dell'8 ott. 2010)

Se il lavoratore va via il bonus assunzioni può non perdersi - L'Agenzia delle entrate - intervenendo sul credito d'imposta introdotto con la Finanziaria 2008 (legge

[IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – 21/2010](#)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

244/2007), destinato alle imprese che nel periodo compreso tra il 1°01 e il 31.12.08 hanno incrementato il numero degli occupati con contratto fisso, nelle aree delle regioni Calabria, Campania, Puglia, Sicilia, Basilicata, Sardegna, Abruzzo e Molise – ha precisato che il datore di lavoro non perde necessariamente l’agevolazione se il dipendente sceglie di dimettersi, a patto che mantenga, in media annuale, l’incremento occupazionale richiesto per almeno tre anni (due per le piccole e medie imprese).
(Agenzia delle entrate, ris. n. 105 del 12 ott. 2010)

La deducibilità degli ammortamenti nel conferimento d’azienda - L’Associazione Dottori commercialisti ha diramato una propria “norma di comportamento” secondo la quale, nel conferimento d’azienda, i soggetti conferitari deducono le quote di ammortamento unicamente in base al costo fiscalmente riconosciuto al soggetto conferente; ciò in quanto, in base al principio di neutralità sancito dall’art. 176, TUIR, la conferitaria subentra nella posizione della società conferente e ad essa devono, pertanto, essere riconosciuti tutti gli elementi attivi e passivi fiscalmente riconosciuti alla conferente, indipendentemente dalle tecniche contabili e valutative utilizzate al momento del conferimento. In pratica, il conferitario deve calcolare le quote di ammortamento prendendo a riferimento il costo del bene per la società conferente anche nel caso in cui il conferitario non imputi gli ammortamenti a conto economico o iscriva un valore inferiore al costo lordo fiscalmente riconosciuto al conferente. L’art. 109, comma 4, lett. b), TUIR, infatti consente di effettuare una variazione in diminuzione in dichiarazione dei redditi per i costi che, anche se non imputati a conto economico, sono deducibili per legge, quindi:

- se la società conferitaria stanZIA al conto economico degli importi minori rispetto a detto parametro, la differenza potrà comunque essere deducibile mediante una variazione in diminuzione nella dichiarazione dei redditi;
- se la differenza è invece imputabile a un cambiamento di valutazione della vita utile del bene, tale comportamento non potrà però essere eseguito.

(Associazione dottori commercialisti, norma di comportamento n. 178 del 20 ott. 2010)

Comunicazione delle operazioni Iva con Paesi Black list - L’Agenzia delle entrate ha fornito chiarimenti circa le comunicazioni che gli operatori economici devono effettuare per le operazioni con Paesi black list, come previsto dal dl 40 del 2010, al fine di contrastare le frodi fiscali e finanziarie internazionali e nazionali, soprattutto le cosiddette “carosello” e le “cartiere”.

La relativa circolare si articola come segue:

1. Soggetti obbligati alla comunicazione
 - 1.1 Soggetti non residenti
2. Operazioni oggetto di comunicazione e contenuto della comunicazione

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

- 2.1 Ampliamento del novero delle operazioni oggetto di comunicazione
- 2.2 Limitazioni del novero delle operazioni oggetto di comunicazione
3. Periodicità e termini di presentazione
- 3.1 Momento rilevante ai fini della comunicazione
4. Sanzioni
5. Efficacia,

ed è stata così illustrata col seguente comunicato stampa:

“L’Agenzia delle entrate ha fornito chiarimenti I contribuenti minimi e le nuove iniziative produttive rimangono fuori dall’obbligo di comunicazione delle operazioni con attori economici ubicati nei paradisi fiscali. Questi ultimi sono individuati all’interno della lista dei Paesi con regime fiscale privilegiato ai fini della presunzione di residenza delle persone fisiche e in quella delle imprese estere controllate o collegate (rispettivamente D.M. 4 maggio 1999 e D.M. 21 novembre 2001). Le liste vanno applicate congiuntamente a prescindere dalla natura giuridica e dall’attività svolta dall’operatore. Ciò vuol dire che per il titolare di partita Iva l’obbligo di comunicazione scatta se la controparte è situata in un Paese presente in almeno una delle due liste. Sono questi alcuni dei chiarimenti contenuti nella circolare 53/E pubblicata oggi che affronta il tema delle comunicazioni che gli operatori economici devono effettuare per le operazioni con Paesi black list, come previsto dal dl 40 del 2010, al fine di contrastare le frodi fiscali e finanziarie internazionali e nazionali, soprattutto le cosiddette “carosello” e le “cartiere”.

Le operazioni da comunicare

Vanno comunicate in via telematica all’Agenzia delle Entrate le cessioni di beni, gli acquisti e le prestazioni di servizi da e verso soggetti Ue, le prestazioni di servizi rese da e verso soggetti extra-Ue, le importazioni e le esportazioni di beni, sia che esse rappresentino, ai fini Iva, operazioni imponibili, non imponibili o esenti.

Sono interessate dall’obbligo di comunicazione anche alcune prestazioni di servizi effettuate con Paesi black list territorialmente non rilevanti nello Stato ai fini Iva, ma il cui monitoraggio è particolarmente importante per la prevenzione e il contrasto delle frodi Iva negli scambi con l’estero.

Quali sono i Paesi black list

L’obbligo scatta quando il soggetto Iva intrattiene rapporti economici con un operatore che ha sede, residenza o domicilio in uno dei Paesi black list, identificati dal Decreto ministeriale 4 maggio 1999 (lista dei Paesi con regime fiscale privilegiato ai fini della presunzione di residenza delle persone fisiche) e dal Decreto ministeriale del 21 novembre 2001 (lista degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato per imprese estere controllate o collegate).

In merito alle liste, la circolare precisa che vanno applicate congiuntamente a prescindere dalla natura giuridica e dall’attività svolta dall’operatore. Ciò vuol dire che

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

l'obbligo di comunicazione scatta se la controparte è situata in un Paese presente almeno in una delle due liste. 2

La circolare ricorda, inoltre, che Cipro, Malta e Corea del Sud non sono più Paesi a regime fiscale privilegiato (decreto del ministro dell'economia e delle finanze del 27 luglio 2010) e che quindi non sussiste, anche per il periodo che va dal 1° luglio al 4 agosto 2010, alcun obbligo di comunicazione.

Obbligati e non

La circolare chiarisce che sono obbligati alla comunicazione delle operazioni con Paesi black list tutti i soggetti Iva. Gli enti non commerciali, lo Stato, le Regioni, le Province e i Comuni sono tenuti unicamente per le operazioni realizzate al di fuori dell'attività istituzionale. Sono fuori dall'obbligo di comunicazione anche i contribuenti minimi e i soggetti che hanno optato per il regime fiscale agevolato per le nuove iniziative produttive. Un'importante precisazione riguarda i non residenti: sono, infatti, tenuti alla comunicazione anche i soggetti comunitari ed extracomunitari che svolgono operazioni, territorialmente rilevanti in Italia, con i Paesi black list.

Quando effettuare la comunicazione

La prima scadenza per presentare le comunicazioni relative alle operazioni effettuate nei mesi di luglio e agosto 2010 scatta il 2 novembre. Successivamente, il modello andrà presentato, sempre in via telematica all'Agenzia delle Entrate, entro l'ultimo giorno del mese successivo al periodo di riferimento (trimestrale o mensile).

Sanzioni e ravvedimento

Per chi non presenta la comunicazione oppure la trasmette incompleta o inesatta è prevista una sanzione da 258 a 2065 euro, che nel caso specifico viene elevata al doppio. La circolare chiarisce che in relazione a questo adempimento, in caso di ripetute violazioni, viene applicato ai fini sanzionatori il cumulo materiale e non quello giuridico.

L'operatore tenuto alla comunicazione può rimediare all'errore commesso avvalendosi del ravvedimento operoso secondo le regole generali.”

(Agenzia delle entrate, circ. n. 53 del 21 ott. 2010)

Infrazioni alle Comunicazioni Black-list non sanzionate se rimosse entro gennaio 2011 - L'Agenzia delle entrate ha reso noto che, se corrette con appositi modelli integrativi da presentare entro la fine del prossimo mese di gennaio 2011, non verranno sanzionate le infrazioni commesse nella compilazione dei modelli per la comunicazione delle operazioni Iva poste in essere con paesi black-list relativi al trimestre luglio-settembre (per i contribuenti trimestrali) e ai mesi da luglio a novembre (per i contribuenti mensili).

(Agenzia delle entrate, circ. n. 54 del 28 ott. 2010)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

Assofiduciaria interviene in tema di controlli sullo “scudo fiscale” - Assofiduciaria ha commentato, con una propria circolare, il provvedimento con il quale la Direzione accertamento dell’Agenzia delle entrate ha dettato specifiche regole in materia di controlli sulle operazioni di “scudo fiscale”e, in particolare, quanto al riguardo precisato nella circolare n. 43 del 10.10.09, esprimendo, tra l’altro, l’opinione secondo cui l’intermediario - anche laddove il contribuente si fosse avvalso della facoltà di opporre all’amministrazione finanziaria gli effetti preclusivi ed estintivi esibendo copia della dichiarazione riservata - non è tenuto ad alcuna comunicazione all’amministrazione richiedente se non previa dimostrazione dell’avvenuta esibizione, da parte del cliente alla stessa, di detta dichiarazione riservata.

(Assofiduciaria, circ. COM_2010_067)

GIURISPRUDENZA

Parziale stop della Cassazione alla sanatoria delle liti ultradecennali - La Corte di Cassazione ha statuito che le domande dei contribuenti, tese alla sanatoria delle liti ultradecennali di cui all’art. 3 del dl n. 40/2010, possono trovare accoglimento solo se nei precedenti gradi di giudizio non vi sia stata alcuna sentenza favorevole al fisco, sia pur parziale.

(Cassazione, sentenze n. 21097 e 21714 depositate il 22 ott. 2010)

I compensi agli amministratori sono deducibili - La Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia ha, con una sentenza - che si discosta da quanto invece al riguardo ritenuto dalla Cassazione con l’ordinanza n. 18702 del 13 ago. 2010 - che i compensi pagati agli amministratori delle società di capitali sono deducibili secondo il criterio di cassa a condizione che vi sia una delibera precedente e specifica, rispetto a quella d’approvazione del bilancio d’esercizio, che ha identificato l’ammontare del compenso di cui trattasi.

(Ctp di Reggio Emilia, sentenza n. 186/01/2010 depositata il 18 ott. 2010)

INFORMAZIONE CONVEGNI

Aziende e professionisti tra semplificazione e recupero dell'evasione

Bergamo, 1° dicembre 2010
Centro Congressi Giovanni XXIII
Viale Papa Giovanni XXIII, 106
Programma

Il finanziamento dell'impresa in crisi

Alba (CN), 4 dicembre 2010, ore 9.00
Nuovo Centro Ricerche Ferrero, Via Ferrero, n. 19
Programma

Offerta riservata
agli abbonati di NDS

Speciale offerta di Abbonamento a **La Valutazione delle Aziende**



- ACQUISIZIONI
- FUSIONI
- CESSIONI
- SCISSIONI
- SCORPORI
- QUOTAZIONE DI MERCATO
- VALORI INTRINSECI

Un anno di abbonamento
a € 179,00 anziché € ~~206,58~~

Una grande firma per una grande rivista

La misura del valore delle aziende rappresenta oggi un tema di rilievo non solo per alcune operazioni finanziarie, ma più in generale per l'orientamento delle strategie e delle scelte di gestione. La rivista si rivolge a tutti coloro che, nel nostro paese, sono interessati a vario titolo a problemi di valutazione delle aziende, il team di esperti coordinati da **Luigi Guatri**, fanno de **La Valutazione delle Aziende** un prezioso strumento di aggiornamento professionale e scientifico.

IL COSTO DELL'ABBONAMENTO È INTERAMENTE DEDUCIBILE NELLA DENUNCIA DEI REDDITI DI PROFESSIONISTI E AZIENDE, A NORMA D DEGLI ARTICOLI 54 E 56 DEL TUIR



TRAMITE POSTA

Inviando questo coupon
a Milano Finanza Service S.r.l.,
via Marco Burigozzo, 5 20122 Milano



TRAMITE FAX

Inviando il coupon
al fax verde 800/822196



TRAMITE E-MAIL

Inviando la mail di richiesta a:
servizioclienti@class.it

Si, desidero sottoscrivere l'abbonamento annuale (4 numeri) a
"La Valutazione delle Aziende" al prezzo speciale di € 179,00 anziché € ~~206,58~~.

Cognome _____

Nome _____

Azienda _____

Indirizzo _____ N. _____

Cap _____ Città _____ Prov. _____

Telefono _____

E-mail _____

SCELGO DI PAGARE CON:

- Versamento con Bollettino** che mi invierete
- Bonifico Bancario** intestato a: Banca Popolare di Bergamo/
Credito Varesino Corso Italia, 22 - Milano
IBAN IT 41D280160100000030296
- Addebito sulla mia Carta di Credito**
 - CartaSi/Visa Diners CartaSi/Visa/Eurocard/MasterCard
 - American Express BankAmericard

N° _____

Scad. _____

Data _____ Firma _____

11000169

Informativa ex art. 13 d.lgs 196/03. I dati personali che la riguardano verranno trattati per dare esecuzione all'abbonamento a La Valutazione delle Aziende da Lei richiesto e, in caso di suo consenso, per finalità di marketing di prodotti/servizi di Milano Finanza Service S.r.l. e/o di società collegate e/o controllate e/o controllanti e/o di terzi. Ciascuna società, in caso di Suo consenso, acquisterà la veste di autonomo Titolare del Trattamento. Il conferimento dei dati è necessario per dare seguito all'abbonamento. Lei potrà esercitare in ogni momento i diritti di cui all'art. 7 d.lgs 196/03 rivolgendosi a Milano Finanza Service S.r.l. I dati non verranno diffusi e verranno trattati nell'ambito dell'organizzazione del Titolare da soggetti qualificati come incaricati. Titolare del trattamento è Milano Finanza Service S.r.l. - Via Burigozzo, 5 Milano. Un elenco completo degli eventuali soggetti terzi che collaborano con il Titolare in qualità di responsabili è a disposizione su richiesta presso la sede del Titolare.

Consento all'attività di marketing inerente ai prodotti/servizi del Titolare e/o di società collegate e/o controllanti e/o controllate.

Consento all'attività di marketing di prodotti/servizi di terzi.

SI NO

SI NO

Offerta valida solo per l'Italia fino al 31/12/2010

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

CLASSprofessionale

Class Professionale srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano

Telefono: 02/58219.1 – Telefax: 02/58317598 – E-mail: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02-58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120,00 (abbonamento annuale 24 numeri)
Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti telefonare al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196 allegando, oltre alla richiesta di abbonamento con i propri dati anagrafici, fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: Class Professionale srl – via Marco Burigozzo n. 5 – 20122 Milano, oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a: Banca di Roma, filiale di Milano 5, Piazza Edison 1 – 20123 Milano – conto corrente n. 923631/55 – ABI 03002 – CAB 01631.

Distribuzione: Class Professionale srl, via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195. Vendita esclusiva per abbonamento.
Servizio Abbonamenti: per informazioni e/o segnalazioni comporre il numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.
Concessionaria esclusiva per la pubblicità: Class Pubblicità, via Marco Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel. 02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 Presidente: Paolo Panerai – Direttore generale: Matteo Sordo – Vice Direttore generale: Francesco Rossi

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ Registrazione al Tribunale di Milano
n. 618 del 8-11-2002 –
Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a Class Professionale srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di Class Professionale srl.