

Anno 11 – Numero 1

9 gennaio 2013

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

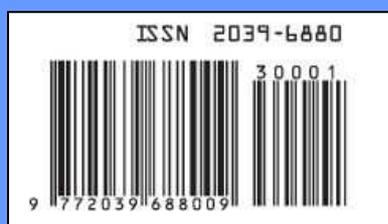
DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- **CRISI D'IMPRESA**
- **SEPARAZIONE PATRIMONIALE**
- **CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE
BRASILIANO**

ItaliaOggi



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 SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglione, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

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

Marco Casavecchia, Francesco Fimmanò, Luciano Matteo Quattrocchio Federico Riganti, Marta Britto de Azevedo

Errata Corrige NDS, n. 23-24 del 26 dicembre 2012

FRANCESCO COSSU, *Ricercatore di diritto commerciale*

L. MASTROMATTEO e A. BOVIO, *La responsabilità del vettore aereo nella convenzione di Montreal (Corte d'Appello di Torino, 4 luglio 2011)*, n. 7, 68

I Direttori e il Comitato di redazione della Rivista si felicitano con Cristina Saracino e Suo marito per la nascita del piccolo Matteo

INDICE

	<i>Pag.</i>
STUDI E OPINIONI	
<i>L'impresa in crisi come oggetto "proprio" della tutela cautelare</i> di Francesco Fimmanò	9
<i>La separazione patrimoniale nell'ordinamento italiano: il fondo patrimoniale, gli atti di destinazione e il trust</i> di Federico Riganti	68
RELAZIONI A CONVEGNI	
<i>Polizze Unit Linked e Index linked</i> di Luciano Matteo Quattrocchio	79
DIZIONARIO GIURIDICO	
<i>Presentazione della rubrica "Dizionario giuridico"</i>	133
<i>L'ordinamento giuridico. Introduzione</i> di Marco Casavecchia	134
OSSERVATORIO INTERNAZIONALE	
<i>Il consumatore protetto: i ventun'anni del Código de Defesa do Consumidor brasiliano e il diritto italiano dei consumatori</i> di Marta Britto de Azevedo	152
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	182
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	187

SOMMARIO

STUDI E OPINIONI

L'impresa in crisi come oggetto "proprio" della tutela cautelare

L'Autore, rilevando che la legge fallimentare non contempla, almeno apparentemente, strumenti di osservazione preventiva dell'impresa al fine di adottare le scelte più idonee alla salvaguardia degli assets produttivi funzionanti (o funzionali ad altro imprenditore) e considerando che è proprio nella fase di pre-insolvency che si determina il maggior danno economico per l'impresa e per i suoi creditori (specie per la mancanza di tempestività dell'azione), propone un'uso alternativo della istruttoria preconcorsuale cui il tribunale può dar luogo a norma del novellato art. 15, l.fall., orientandola a funzioni di salvaguardia del patrimonio dell'impresa fino ad arrivare allo "spossessamento" anticipato.

Egli ritiene infatti che una proficua liquidazione richieda una istruttoria tempestiva ed invasiva, a prescindere dall'iniziativa e dalla collaborazione del debitore, in grado di garantire l'analisi del tipo di impresa, del tipo di crisi e conseguentemente di articolare in modo flessibile le ipotesi di soluzione e scegliere, laddove opportuno, gli strumenti funzionali alla salvaguardia ed alla valorizzazione del patrimonio.

di **Francesco Fimmanò**

La separazione patrimoniale nell'ordinamento italiano: il fondo patrimoniale, gli atti di destinazione e il trust

L'ordinamento italiano prevede diverse fattispecie volte a configurare una separazione patrimoniale, finalizzata alla realizzazione di interessi ritenuti dallo stesso meritevoli di tutela e, quindi, passibili di una protezione rafforzata. Tali istituti, benchè ugualmente derogativi al principio di universalità della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 Cod. civ., risultano caratterizzati da taluni tratti distintivi, tratteggiati al fine di rendere le singole fattispecie maggiormente competitive e adattabili, pur in presenza di alcuni profili di rischio, al caso concreto. Le figure del fondo patrimoniale, degli atti di destinazione ex art.2645 ter nonché, specialmente, del trust hanno così assunto, nel corso degli ultimi tempi, una grande rilevanza pratica che ha suscitato, in dottrina e giurisprudenza, la necessità di una continua riformulazione ed adattamento di quei canoni definitivi che da sempre fungono da supporto all'intervento, talvolta troppo generico, del Legislatore italiano.

di **Federico Riganti**

SOMMARIO

RELAZIONI A CONVEGNO

Polizze Unit Linked e Index linked

La relazione prende in esame le polizze di assicurazione sulla vita, ove l'obbligazione del contraente consiste nel versamento di un premio unico o periodico e quella dell'impresa di assicurazione nel pagamento di una somma di denaro – sotto forma di capitale o di rendita – al verificarsi di un evento attinente alla vita umana (ad esempio, morte o sopravvivenza).

di **Luciano Matteo Quattrocchio**

DIZIONARIO GIURIDICO

L'ordinamento giuridico. Introduzione

L'Autore, nella introduzione allo scritto sull'ordinamento giuridico, enuncia in sintesi le varie teorie che sono state elaborate sul l'argomento. Seguiranno un breve cenno sull'ordinamento giuridico secondo la teoria normativistica di Kelsen e Bobbio (parte prima); una seconda parte dedicata alla teoria istituzionale di Santi Romano e; infine, una terza parte avente ad oggetto l'ordinamento giuridico come sistema complesso.

di **Marco Casavecchia**

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

Il consumatore protetto: i ventun'anni del Código de Defesa do Consumidor brasiliano e il diritto italiano dei consumatori

Il saggio espone e discute i meccanismi giuridici finalizzati a rendere effettivi i diritti dei consumatori brasiliani, contenuti ne Código de Defesa do Consumidor (l. 8.078/1990) - che nel 2011 ha compiuto ventun'anni.

di **Marta Britto de Azevedo**

INDEX-ABSTRACT

Page

STUDIES AND OPINIONS

Company in crisis

9

The Author, noting that the bankruptcy law does not contemplate, at least apparently, monitoring-instruments of the company aimed at adopting the most suitable choice to safeguard the productive assets and considering that the most significant economic damage to the company and its creditors it is determined during the pre-insolvency stage, proposes an alternative use of the so-called “istruttoria preconcorsuale” which the court may give rise under Article 15 of the Bankruptcy Law, directing it to safeguard the assets of the company even through a “dispossession” in advance.

The Author believes that a successful closeout requires a timely and invasive investigation, regardless of the initiative and the cooperation of the debtor, to guarantee the analysis of the type of company as well as the type of crisis, in order to articulate in a flexible way any possible solutions, and then, where appropriate, the functional tools to protect and enhance the assets.

di **Francesco Fimmanò**

Separation of Assets under Italian Law: “fondo patrimoniale”, “atti di destinazione” and Trust

68

Italian law provides for different cases where there is a separation of assets, aimed at the realization of interests worthy of protection. These cases, all equally derogative of the principle enshrined in art. 2740 of the Civil Code are characterized by certain distinctive features, outlined in order to make the individual cases more competitive and adaptable, even in the presence of certain risks, to a specific scenario. The so-called “fondo patrimoniale” as well as “atti di destinazione” provided for in Article 2645-ter and, especially, the trust, have thus taken, in recent times, a great practical importance that has attracted, both on a doctrinal and case-law point of view, the need for continuous reformulation and adaptation of those definitions (moreover, such definitions support the intervention, sometimes too general, of the Italian legislator).

by **Federico Riganti**

INDEX-ABSTRACT

REPORT ON CONFERENCES

Life Insurance Policies: Unit Linked and Index linked 79

This paper examines the Life Insurance Policies, whereas the contractor has the duty to pay a premium on a sole or period rate, while the insurance company has the duty to pay a sum of money - in the form of capital or annuity - upon the occurrence of an event relating to human life (e.g., death or survival).

by **Luciano Matteo Quattrocchio**

LAW DICTIONARY

The Legal System. Introduction 134

In this introductory paper the author sets out a summary of the various theories that have been elaborated about the legal system. A brief comment on the legal system according to the theory of Kelsen and Bobbio (Part One) as well as Santi Romano (Part Two), and the legal system as a "complex system" (Part Three) will be offered.

by **Marco Casavecchia**

INTERNATIONAL OBSERVATORY

The Protected Consumer: Twenty-one Years of the Brazilian *Código de Defesa do Consumidor* and the Italian Law on Consumers 152

This paper presents and discusses the legal mechanisms designed for in the Código de Defesa do Consumidor (Law 8.078/1990) - which in 2011 has made twenty-one - to give effect to the rights of Brazilian consumers, content.

by **Marta Britto de Azevedo**

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO “PROPRIO” DELLA TUTELA CAUTELARE *

L'Autore, rilevando che la legge fallimentare non contempla, almeno apparentemente, strumenti di osservazione preventiva dell'impresa al fine di adottare le scelte più idonee alla salvaguardia degli assets produttivi funzionanti (o funzionali ad altro imprenditore) e considerando che è proprio nella fase di pre-insolvency che si determina il maggior danno economico per l'impresa e per i suoi creditori (specie per la mancanza di tempestività dell'azione), propone un'uso alternativo della istruttoria preconcorsuale cui il tribunale può dar luogo a norma del novellato art. 15, l.fall., orientandola a funzioni di salvaguardia del patrimonio dell'impresa fino ad arrivare allo “spossessamento” anticipato.

Egli ritiene infatti che una proficua liquidazione richieda una istruttoria tempestiva ed invasiva, a prescindere dall'iniziativa e dalla collaborazione del debitore, in grado di garantire l'analisi del tipo di impresa, del tipo di crisi e conseguentemente di articolare in modo flessibile le ipotesi di soluzione e scegliere, laddove opportuno, gli strumenti funzionali alla salvaguardia ed alla valorizzazione del patrimonio.

di **FRANCESCO FIMMANÒ**

1. Il nostro diritto delle imprese in crisi è ormai ispirato ad un modello di *riallocazione* dei valori aziendali concepito, tuttavia, dal legislatore senza la espressa previsione di istituti che facilitino l'emersione tempestiva della crisi. Inoltre, a differenza di quanto accade per l'amministrazione straordinaria, la legge fallimentare non contempla, almeno apparentemente, strumenti di osservazione preventiva dell'impresa al fine di adottare le scelte più idonee ¹ alla salvaguardia degli *assets*

* Lo scritto costituisce una parte del Volume “Diritto delle Imprese in crisi e tutela cautelare” a cura di F. Fimmanò, Ricerche di law & Economics dell'Università telematica Pegaso, Milano, Giuffrè, 2012, 1

¹ Viceversa il progetto di riforma c.d. *Trevisanato* enunciava come principi direttivi “l'obiettivo della valorizzazione degli organismi produttivi e dei patrimoni assicurando il miglior soddisfacimento possibile dei creditori” sulla base della “...emersione tempestiva della crisi d'impresa e l'attivazione delle iniziative volte a porvi rimedio” (sull'art. 2, lett. a e b, mi permetto di rinviare a FIMMANÒ, *Crisi dell'impresa e insolvenza*, in Atti del Convegno “Il Diritto delle Imprese in crisi”, Isemia, 18 ottobre 2003, Milano, 2005, 143 s.).

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

produttivi *funzionanti* (o *funzionali* ad altro imprenditore). D'altra parte è proprio nella fase di *pre-insolvency* che si determina il maggior danno economico, per l'impresa e per i suoi creditori, specie per la mancanza di tempestività dell'azione ².

A questo specifico fine tuttavia abbiamo - sin dall'approvazione della riforma ³ (anzi ben prima) ⁴ - proposto l'*uso alternativo* della istruttoria preconcorsuale cui il tribunale può dar luogo a norma del novellato art. 15, l.fall. ⁵, orientandola a funzioni di salvaguardia del patrimonio dell'impresa (ed al monitoraggio ⁶ cercando anche in via

² Non a caso, secondo gli economisti, uno degli obiettivi del fallimento è quello della c.d. efficienza intermedia (accanto a quelle dell'efficienza *ex ante* ed *ex post*), che riguarda le imprese in crisi prima dell'avvio di procedure concorsuali nella fase di *pre-insolvency* ed esige misure che incentivino il debitore a rivelare tempestivamente lo stato di difficoltà e a non assumere comportamenti eccessivamente azzardati per tentare di evitarla, scommettendo ad esempio le residue risorse dei finanziatori in attività molto rischiose (in tal modo danneggiando i creditori). Procedure troppo punitive possono favorire l'azzardo diretto a scongiurarle, ridurre gli investimenti poco rischiosi ed indurre il controllante a ritardarne l'avvio. Ciò spiega l'esistenza di disposizioni in diversi ordinamenti sul *discharge*, l'esdebitazione, l'*exempt property* ed il consenso sempre più ampio sull'opportunità di ricorrere alla sanzione penale solo per colpire i comportamenti più gravi connessi al dissesto (cfr. al riguardo FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, 150 s.).

³ Sul punto si rinvia a FIMMANÒ, *Sub Art. 104*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di JORIO, Tomo II, Bologna 2006; ID., *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 759.

⁴ Cfr. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, 89 s.

⁵ L'art. 15, ai commi 7, 8 e 9, prevede che "Il Tribunale può delegare al giudice relatore l'audizione delle parti. In tal caso il giudice delegato provvede, senza indugio e nel rispetto del contraddittorio, all'ammissione ed all'espletamento *dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio*. Le parti possono nominare consulenti tecnici. Il tribunale, ad istanza di parte, può emettere i *provvedimenti cautelari* o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza".

⁶ Su informazione e "*monitoring*" come strumenti giuridici invece preventivi dell'insolvenza cfr. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna 2006.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

autonoma i relativi supporti probatori e disponendo eventualmente perizie, ispezioni e consulenze tecniche) fino ad arrivare allo "spossessamento" anticipato⁷.

Una proficua liquidazione richiede infatti una istruttoria *tempestiva ed invasiva*, a prescindere dall'iniziativa e dalla collaborazione del debitore, in grado di garantire l'analisi del tipo di impresa, del tipo di crisi e conseguentemente di articolare in modo flessibile le ipotesi di soluzione e scegliere, laddove opportuno, gli strumenti funzionali alla salvaguardia ed alla valorizzazione del patrimonio. Un sistema in cui gli organi del fallimento, dopo aver valutato le caratteristiche dell'impresa sul piano dimensionale, strutturale, dell'astratta redditività e del mercato di riferimento, possano assumere scelte decisive in ordine alle iniziative da assumere ed alla direzione da seguire⁸ già prima della sentenza di fallimento.

I limiti che si ponevano prima della riforma ad una simile prospettiva erano prevalentemente *organizzativi*, specie per la carenza di strumenti e di personale dell'ufficio e la difficoltà di disporre ispezioni, a differenza di quanto avviene ad esempio in materia di indagini penali, ove peraltro vengono assorbite, senza che ciò produca alcun vantaggio competitivo per il mercato, le maggiori risorse⁹.

⁷ Si pensi all'ispezione giudiziale sul modello di quella prevista all'art. 2409, c.c., anche nell'ambito dei poteri di cui all'art. 738, comma 3, c.p.c.. Si è osservato che già prima della riforma, alla stregua di atti applicativi dei poteri inquisitori, erano ammissibili l'ispezione di cose (*ex art. 118, c.p.c.*) e l'ordine di esibizione di documenti (*ex art. 118 c.p.c. e 2711, comma 2, c.c.*); anche se restava discusso se tali mezzi di prova esigessero il rispetto di tutte le norme sostanziali e processuali o se il principio della prova libera influenzasse una sorta di deformalizzazione (cfr. al riguardo FERRO, *L'istruttoria prefallimentare*, Torino, 2001, 293 e *Prassi fallimentare dei tribunali italiani*, in *Fall.*, 2003, 711 s. e 1038 s.). La Ctu, al contrario, implica necessariamente una sequenza procedimentale complessa, caratterizzata da una regolazione del contraddittorio che va dall'udienza di giuramento al possibile intervento con ctp, dalla facoltà di deposito di osservazioni scritte alla rappresentazione al giudice di questioni incidentali. Non comporta questi inconvenienti, il ricorso, previsto in generale all'art. 68 c.p.c., ad un esperto ausiliario del giudice per chiarimenti e valutazioni tecniche senza peculiari formalismi.

⁸ In tal senso anche MINUTOLI, *L'istruttoria prefallimentare nella prassi dei Tribunali e nelle prospettive di riforma*, in *Dir. Fall.*, 2001, I, 965.

⁹ Pur essendo le ragioni dell'economia, in quella sede, certamente meno pregnanti. Si è osservato che la polizia giudiziaria ed in particolare la guardia di finanza è assorbita nella prassi operativa dalle indagini penali, e quindi dedica pochissimo tempo alle richieste provenienti dall'ufficio fallimentare. Spesso perciò i giudici si accontentano di quanto, più o meno spontaneamente, viene prodotto dal debitore e dal ricorrente, salve eventuali integrazioni richieste, attraverso ordini di esibizione, ad uffici finanziari e previdenziali (sull'argomento FABIANI, *L'istruttoria prefallimentare*, in *Fall.*, 1994, 498 s.).

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

La riforma del 2006, contemplando in modo ampio la possibilità di nominare consulenti tecnici ha risolto le questioni che venivano sollevate al riguardo anche in relazione alle relative spese¹⁰. La possibilità poi, seppure ad istanza di parte, di emettere *provvedimenti cautelari a tutela dell'impresa*, consente in linea di principio anche soluzioni particolarmente *invasive*, come meglio vedremo più avanti.

L'utilizzazione dell'istruttoria, che pur ha visto arricchire, anche prima della riforma, il suo ruolo in relazione all'esercizio del diritto di difesa del debitore, può essere adesso orientata a funzioni di monitoraggio e salvaguardia dell'impresa analogamente ad esempio a quanto avviene per il c.d. *periodo di osservazione* previsto da altre legislazioni¹¹. L'istruttoria in passato è stata infatti utilizzata solo per verificare l'esistenza dell'insolvenza, visto che in un procedimento comunque sommario, qual è quello per la dichiarazione di fallimento, veniva escluso che di regola si potesse dar luogo a mezzi di prova di lunga indagine.

Pertanto un monitoraggio preconcorsuale più incisivo richiede attività preventive di indagine ed analisi che presuppongono l'invasività, considerata la cronica mancanza di reale ausilio dell'imprenditore, che spesso non ha alcun interesse a collaborare

¹⁰ Già prima della novella in verità si riteneva, almeno in linea di principio, ammissibile per i giudici disporre una consulenza tecnica (sul modello di quella prevista per il concordato preventivo in funzione del giudizio prognostico che il Tribunale formulava sulla liquidabilità del patrimonio offerto) per fornire elementi rilevanti in ordine alla verifica di attendibilità della documentazione contabile acquisita e alla sua eventuale riclassificazione (in particolare dei bilanci), al fine di poter disporre di un quadro reale (PATTI, *Istruttoria prefallimentare e poteri di controllo sulla crisi dell'impresa*, in *Fall.*, 1998, 941). Restava però il citato problema dell'armonizzazione delle sequenze procedurali con i tempi del procedimento sommario e dell'individuazione del soggetto correttamente onerabile delle relative spese, che secondo l'impostazione preferibile era il creditore vista la possibilità di applicazione del principio della soccombenza anche al procedimento fallimentare, secondo un'ottica ricostruttiva nel senso della prevalenza dell'interesse privato (la novella supera comunque i dubbi circa il regolamento delle spese, che saranno poste a carico della procedura, nell'ipotesi in cui il giudizio si chiuda con la dichiarazione di fallimento, e del ricorrente nell'ipotesi di reiezione dell'istanza di fallimento).

¹¹ Il modello dell'*osservazione* corrisponde sostanzialmente a quello introdotto dalla legge per la disciplina della Amministrazione straordinaria ed alla funzione istruttoria e di indagine attribuita nella prima fase ai Commissari; e trova l'origine storica in quanto concepito negli anni '80 dal legislatore francese (al riguardo mi permetto di rinviare a Fimmanò, *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese in crisi tra informazione, mercato ed esigenze di conservazione dei valori aziendali*, in *Fallimento*, 2004, 461 s.).

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

all'esame di una situazione da cui potrebbe emergere inequivocabilmente il suo stato di insolvenza¹².

Tuttavia, anche nel precedente sistema, dal carattere sommario dell'accertamento non derivava alcuna preclusione in termini di ampiezza dell'istruttoria e di ricorso a prove, dovendo peraltro il giudizio di rilevanza e ammissibilità essere condotto sotto il profilo *dell'utilità effettiva* e della *compatibilità* con le esigenze di speditezza del procedimento, specie per le prove di lunga indagine¹³. Quest'ultima categoria non ha alcuna base *dogmatica*, esprimendo viceversa il "criterio della durata, riferito alla tipicità modale della loro assunzione, un dato di prassi più che di sistema codificato"¹⁴. Il carattere d'urgenza insomma permetteva e permette l'accesso a tutti gli atti di istruzione, non consentendo al contrario una dilatazione temporale incompatibile con la durata circoscritta attraverso la semplificazione propria della *sommarietà*¹⁵.

¹² Una giurisprudenza di merito che ha previsto la nomina di un amministratore giudiziario *ex art. 15, l. fall.* (e di cui diremo più innanzi) nel definire i relativi compiti ha individuato quello di «collaborare strettamente con il c.t.u. nominato per fornire ogni dato utile alla evasione del quesito» (Trib. Monza, 11 febbraio 2009, in *Fall.*, 2009, 854, con nota di FERRO, *La revoca dell'amministratore nell'istruttoria prefallimentare: prove generali di anticipazione dell'efficacia del fallimento successivo*, il quale rileva come il collegio colleghi la propria funzione istituzionale di completamento dell'istruzione sui presupposti della fallibilità alla titolarità di un potere di primazia sull'amministratore di nomina giudiziale, al punto da prescrivere un raccordo informativo idoneo a permettere l'acquisizione, in concreto, dei dati dell'istruttoria).

¹³ Per cognizione sommaria si intende quella parte della tutela cognitiva decisoria idonea a dar luogo al giudicato, diversa quindi dalla tutela sommaria cautelare, da quella esecutiva e da quella volontaria. La tutela sommaria contenziosa si differenzia da quella cognitiva ordinaria in quanto mira ad accordare tutela in via anticipata, urgente ed effettiva, mentre si differenzia da quella cautelare, esecutiva e volontaria in quanto tende a perseguire un risultato che possa essere dotato del massimo grado di stabilità (il giudicato) sia a seguito della mancata opposizione della parte che subisce il provvedimento, sia in esito alla definitività del procedimento cognitivo ordinario in cui quello sommario si sia trasformato (FABIANI, *L'istruttoria cit.*, 491). Il giudizio che conduce alla dichiarazione di fallimento si distingue da quello a cognizione piena per le modalità più essenziali e snelle; e da ciò non può derivare la preclusione di prove costituenti, ma al massimo una compressione meramente temporale dell'istruttoria (MILLOZZA, *Procedimento cautelare, diritto di difesa e tutela giurisdizionale ordinaria*, in *Dir. fall.*, 1976, I, 109).

¹⁴ Così FERRO, *L'istruttoria cit.*, 270.

¹⁵ FERRO, *op. ult. cit.*, 271, in questa logica osservava che i due principi dell'officiosità (quanto all'iniziativa) e dell'inquisitorialità (quanto al regime delle prove) sono reciprocamente attivi nell'assicurare effettività ad un primario interesse pubblico: la tempestiva fotografia dei reali

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

La collocazione della legittima tutela del credito in una sfera di rilevanza giuridica non strettamente privatistica, ma piuttosto connotata da un interesse pubblicistico, ravvisabile nella regolazione dei rapporti economici di mercato, pone il giudice incaricato dell'istruttoria nella condizione di delibare, nel contesto procedimentale *camerale*¹⁶, a trattazione tendenzialmente celere, la situazione di crisi dell'impresa nella sua più ampia e variegata sfera di manifestazione, non strettamente legata alla pretesa creditoria del ricorrente¹⁷.

Peraltro, in virtù di queste caratteristiche della procedura, il tribunale fallimentare può anche autonomamente disporre¹⁸ l'acquisizione di qualsiasi elemento di giudizio¹⁹

sintomi di crisi finanziaria dell'impresa commerciale, che deve tradursi al più presto nel suo accertamento con sentenza, essendo tuttora un valore il monitoraggio dello stato di salute negativo da convertirsi subito dopo in un'ablazione dei poteri direttivi dell'impresa stessa. Si osserva ora che il legislatore della riforma "... sembra aver voluto disegnare – anche sotto il profilo del regime della prova – i percorsi di un procedimento fondamentalmente sorretto dal principio dispositivo, salva l'attivazione dei poteri officiosi del tribunale, resi necessari dai profili di interesse generale sottostanti alla procedura fallimentare, nonché il tradizionale limite dei diritti e delle situazioni non disponibili" (DE SANTIS, Sub. Art. 15, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di JORIO, Torino 2006, I, 318).

¹⁶ Il comma 1 del nuovo art. 15 l. fall. sancisce che il procedimento per la dichiarazione di fallimento si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale «con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio», e quindi con le modalità previste dagli artt. 737 ss. c.p.c. Il modello camerale viene ritenuto il più idoneo ad «assicurare speditezza del rito, pienezza di contraddittorio e diritto alla prova, appellabilità della sentenza» (così nella citata *Relazione governativa di accompagnamento*). In effetti – come la stessa *Relazione* ha cura di ricordare – la giurisprudenza considera oggi la giurisdizione camerale come un «contenitore neutro», nel quale possono trovare spazio sia i provvedimenti di cd. «volontaria giurisdizione», sia i provvedimenti di natura «contenziosa».

¹⁷ Così PATTI, *Istruttoria prefallimentare*, cit., 940. Nel procedimento prefallimentare, connotato da un carattere di sommario accertamento, l'istruttoria ha una struttura deformalizzata, intesa a contemperare, in un bilanciato equilibrio, le diverse esigenze da assicurare: da una parte, un'adeguata garanzia del diritto di difesa del debitore e, dall'altra, un celere accertamento dei presupposti per la sua dichiarazione di fallimento.

¹⁸ Anche l'art. 30, d. lgs. n. 270 del 1999, prevede che "il tribunale entro trenta giorni dal deposito della relazione, tenuto conto del parere e delle osservazioni depositati, *nonchè degli ulteriori accertamenti eventualmente disposti*, dichiara con decreto motivato l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria, se sussistono le condizioni indicate dall'art. 27. In caso contrario, dichiara con decreto motivato il fallimento".

¹⁹ Era già frequente nella prassi far intervenire, oltre all'avvocato difensore del fallendo, altri consulenti al fine di consentire una interlocuzione al pari di qualunque terzo *ex art. 739, ult. co.*,

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

come conferma ora la possibilità normativa di provvedere "...senza indugio e nel rispetto del contraddittorio, all'ammissione ed all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio"²⁰.

A seguito della novella, esistono dunque tutte le condizioni per un *uso alternativo* dell'istruttoria in funzione della tutela dell'impresa mediante atti di istruzione tipici, cui aggiungere *i mezzi codificati per i procedimenti camerali*, ivi compresi quelli di natura ispettiva, con *modi di assunzione* atipici strumentali alla *ratio* dell'accertamento. Contestualmente al decreto di fissazione dell'udienza (o anche, se del caso, successivamente), si potranno infatti disporre gli *accertamenti ritenuti necessari*.²¹ Questa impostazione consente di acquisire la reale "dimensione e dinamica dell'impresa insolvente, della sua composizione e struttura, della consistenza degli *assets* e delle relazioni implicite ed esplicite intessute con il mercato"²².

Insomma il Tribunale ha modo di valutare l'opportunità, in relazione alle diverse fattispecie concrete, di assumere, già nella fase prefallimentare e poi, eventualmente, nella sentenza dichiarativa di fallimento, scelte consapevoli sull'indirizzo da dare alla crisi comparando l'interesse dei creditori e le prospettive di liquidazione riallocativa.

A ben vedere nello stesso sistema si innesta la versione italiana dell'istituto dell'*automatic stay*, introdotto in due fasi con gli interventi normativi di "*ri-novella*" della legge fallimentare del 2010 e nel 2012, e che in buona sostanza costituisce un sub-

c.c., (GUERNELLI, *L'istruttoria prefallimentare. La dichiarazione di fallimento*, in *Dir. fall.*, 1999, I, 318).

²⁰ Si tenga conto che le principali fonti di prova sono prevalentemente di natura documentale, essendo rappresentate dai bilanci, dalla contabilità in genere, dalle dichiarazioni fiscali, dai libri giornali con relativi inventari di chiusura di esercizio, dai libri matricola, dai registri dei cespiti ammortizzabili, dalla documentazione bancaria e commerciale in genere. Per cui il problema non è rappresentato dall'ampiezza delle prove o dall'ammissibilità dell'assunzione, considerate le fonti citate, ma dagli strumenti nella concreta disponibilità del giudice per la materiale acquisizione e soprattutto per la c.d. *riclassificazione* delle stesse (FABIANI, *L'istruttoria*, cit., 498 s.; PATTI, *Istruttoria*, cit., 941).

²¹ E' verosimile che a ciò si procederà, almeno di norma, mandando l'esecuzione degli accertamenti in parola alla guardia di finanza. Le risultanze di tali accertamenti saranno poi sottoposte al vaglio del contraddittorio tra le parti nel corso dell'udienza, che sembra un passaggio indispensabile ai fini dell'utilizzabilità delle stesse in sede di decisione (così DE SANTIS, *op. loc. ult. cit.*).

²² Trib. Bologna, 14 agosto 2009, in *www.ilcaso.it*

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

procedimento di natura cautelare²³, atipico e per alcuni versi analogo a quello previsto dall'ultimo comma dell'art. 15, l. fall.,.

Il legislatore, come noto, ha sancito negli ultimi tre comma dell'art. 182 *bis*, l. fall., novellato con il decreto legge 31 maggio 2010, n. 78²⁴, che il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di ristrutturazione depositando presso il tribunale competente.²⁵ La documentazione di cui all'articolo 161, (primo e secondo comma lettere a, b, c, d), e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista attento revisore contabile, circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare²⁶.

²³ Si è osservato opportunamente che ciò comporta l'applicazione di una serie di regole: i) se la richiesta viene respinta l'effetto provvisorio si perde; ii) se nel termine di sessanta giorni non viene depositato l'accordo, il decreto di inibitoria perde efficacia; iii) il reclamo, formalmente previsto solo in caso di decreto di accoglimento, va ammesso anche in caso di rigetto nonostante la richiesta sia riproponibile; iv) la decisione resa dalla corte d'appello non è ulteriormente impugnabile con ricorso per Cassazione (così FABIANI, *op. loc. ult. cit.*).

²⁴ Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica (convertito nella Legge del 30 luglio 2010, n. 122). Al riguardo FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, 898; Gio. TARZIA, *La nuova tutela del debitore e dei finanziatori negli strumenti di prevenzione del fallimento*, in *Dir. fall.*, 2010, 543.

²⁵ Prima di questo intervento si riteneva inapplicabile l'art. 161 l.fall., (al riguardo RACUGNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 665).

²⁶ L'istanza di sospensione è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione. Il tribunale, verificata la completezza della documentazione depositata, fissa con decreto l'udienza entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'istanza, disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa. Nel corso dell'udienza, riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati assegnando il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista a norma del primo comma. Il decreto del precedente

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

L'istituto è stato perfezionato con la ulteriore novella di cui all'art. 33, d.l. 22 giugno 2012, n. 83,²⁷ che impedisce azioni esecutive individuali nel corso della predisposizione di una domanda di concordato preventivo (oltre che di un accordo di ristrutturazione) per un periodo compreso tra sessanta e centoventi giorni, prorogabile di altri sessanta giorni (e ridotto a sessanta giorni prorogabili di soli sessanta giorni ove penda processo prefallimentare) successivo al deposito della richiesta di concordato preventivo (convertibile poi in accordo di ristrutturazione). La richiesta, che può essere fatta "in bianco" ovvero senza alcun riferimento al contenuto della futura proposta concordataria, non impedisce la concessione di provvedimenti cautelari ex art. 15, co. 8, l.f. ed anzi può essere funzionale proprio *alla fase di osservazione giudiziale* ed alla tutela dell'impresa e dei relativi valori aziendali²⁸. D'altra parte, già prima dell'intervento normativo una certa giurisprudenza aveva ritenuto ammissibile i provvedimenti cautelari in esame nella fase di ammissione al concordato preventivo²⁹.

2. Se dunque nella fase di crisi si determina una parte rilevante dei danni per l'impresa e per i suoi creditori, la procedura concorsuale può avere, in questa logica, una funzione cautelare in senso lato, collegata al ruolo dei creditori, in quanto

periodo è reclamabile a norma del quinto comma in quanto applicabile. A seguito del deposito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti nei termini assegnati dal tribunale trovano applicazione le disposizioni di cui al secondo, terzo, quarto e quinto comma.

²⁷ Convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 2012, n. 134, (comma 1, lettera b, numero 4, ed al comma 1, lettera c dell'art. 33). Al riguardo Fabiani, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it, 2012.

²⁸ Al riguardo in particolare F. ROLFI, *La protezione anticipata nel concordato preventivo alla luce del "Decreto Sviluppo"*, in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, 215 s.; R. ROSAPEPE, *La tutela cautelare nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *ibidem*, 201 s.; L. CARAVELLA, *La tutela, anche conservativa, dei diritti e il concordato preventivo*, *ibidem*, 235 s.

²⁹ Si è infatti ritenuto ammissibile un provvedimento cautelare, su istanza dello stesso imprenditore che ha presentato domanda di concordato preventivo, nelle more della valutazione di ammissibilità ad opera del Tribunale, finalizzato alla conservazione in un libretto di deposito, sottoposto al controllo giudiziale, di somme dovute da un terzo debitore ad un creditore dell'imprenditore (Trib. Benevento 1 dicembre 2011, in *Fallimento*, 2012, 715, con nota di BELLÈ, *Nuove frontiere della tutela cautelare prefallimentare*). Contra, seppure, a concordato preventivo già in corso Trib. Foggia, 2 febbraio 2012, in www.ilcaso.it. Con riferimento invece ad un semplice sequestro, non richiesto ex art. 15 comma 8 l. fall., nel senso dell'ammissibilità nella pendenza del ricorso Trib. Verona 26 gennaio 2012, in *Fallimento*, 2012, 699 s., con nota di Conte, *Sequestro conservativo e concordato preventivo limiti temporali di ammissibilità*.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

costituisce uno degli strumenti di controllo degli stessi sulla gestione³⁰. La perdita del controllo dell'impresa da parte della proprietà con l'attribuzione di poteri ai creditori, od a loro rappresentanti (diretti ed indiretti), consente che i valori aziendali siano salvaguardati in modo efficiente. L'iniziativa assunta da taluno dei creditori produce esternalità positive, nel senso che finisce col giovare a tutti. Nell'ambito del ceto indifferenziato, infatti, «le potenzialità di monitoraggio che hanno le differenti categorie di creditori nei confronti dei comportamenti del debitore» sono evidentemente diverse³¹.

La durata del procedimento prefallimentare³² comporta il concreto pericolo di comportamenti diretti all'alterazione del patrimonio dell'impresa a causa dell'asimmetria tra la condizione del debitore, avvertito del rischio che corre, e la condizione dei creditori, visto che l'istanza di fallimento non produce di per sè effetti conservativi³³.

Come anticipato, tuttavia, è rinvenibile nella legge fallimentare, all'art. 15 comma 8, un *micro-sistema* normativo che, senza sacrificare i diritti di difesa, consente, l'*uso alternativo* dell'istruttoria preconcorsuale³⁴, orientandola a funzioni cautelari a

³⁰ In buona sostanza una forma di *control transaction* al pari ad esempio delle O.P.A., delle fusioni, dei *leveraged buyout* o delle scalate ostili nelle società quotate in mercati regolamentati. In questa prospettiva anche una revocatoria saggiamente amministrata impedisce l'appropriazione individuale del beneficio da parte del creditore più avveduto e quindi lo costringe ad usare le sue percezioni nell'interesse di tutti, chiedendo il tempestivo fallimento del debitore (cfr. DENOZZA, *Le funzioni distributive del capitale*, in *Giur. comm.*, I, 2006, n. 13).

³¹ L'*attività* di monitoraggio su una società per azioni soggetta ad obblighi informativi molto precisi ed obblighi di conservazione molto severi è ad esempio meno onerosa di quella su debitori persone fisiche «che hanno infiniti incentivi e possibilità di occultare in vario modo i loro beni e la loro effettiva situazione patrimoniale». Si è evidenziato come gli strumenti di tutela del credito forniti dal diritto civile e processuale, quali l'espropriazione, l'azione surrogatoria, la revocatoria ordinaria, il sequestro conservativo, incentivino l'*attività* di *monitoring* dei creditori (GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, cit. 261).

³² Assimilato ormai ad un giudizio a cognizione piena. Sui tempi dell'istruttoria cfr. PANNULO, *L'istruttoria prefallimentare*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Chia, Piccininni e Severini I, Torino, 2010, 530.

³³ BELLÈ, *I provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, in *Fallimento*, 2011, 5; FERRO, *Avvio delle procedure ed istruttoria. Fallimenti tardivi*, in *Nds*, 2006, 2, 21 s.

³⁴ L'introduzione di norme dirette a congelare il patrimonio dell'impresa è stata concepita in fase di costruzione delle nuove norme fallimentari come momento di compensazione dei possibili inconvenienti per la tutela dei creditori che la fase preconcorsuale può determinare (cfr.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

tutela dell'impresa e del relativo patrimonio. La scelta permette di limitare, almeno parzialmente, l'assenza di effetti correlati alla presentazione del ricorso di fallimento, dovendosi escludere che possa essere adottata come misura la (provvisoria) dichiarazione di insolvenza, al solo scopo di anticipare il c.d. periodo sospetto³⁵ o più in generale gli effetti costitutivi della sentenza.

Questo sistema consente di acquisire la reale "dimensione e dinamica dell'impresa insolvente, della sua composizione e struttura, della consistenza degli *assets* e delle relazioni implicite ed esplicite intessute con il mercato"³⁶.

Gli strumenti per monitorare e tutelare adeguatamente l'impresa, in modo più o meno invasivo, anche dall'interno nella fase di *preinsolvency*, sono offerti dall'art. 15, l.fall, comma 8, l. fall. a norma del quale il Tribunale, in composizione collegiale³⁷, può emettere "i *provvedimenti cautelari* o conservativi a tutela del patrimonio o *dell'impresa...* che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza"³⁸.

Tali provvedimenti sono adottati su *istanza di parte* (creditore, pubblico

DE SANTIS, *Sub art. 15, Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da JORIO, Tomo I, Bologna 2006, 327; CAVALLINI, *Sub art. 15, in Commentario alla legge fallimentare*, diretto da CAVALLINI, I, Milano, 2010, 326 s.; FIMMANÒ, *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 759 s.).

³⁵ FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 64.

³⁶ Trib. Bologna, 14 agosto 2009, in *www.ilcaso.it*. e in *Giur. comm.*, 2010, II, 1177 con nota di ROSSI, *L'esercizio provvisorio nella mission della procedura fallimentare*.

³⁷ In tal senso SANTANGELI, *Articolo 15. Istruttoria prefallimentare*, in *Il nuovo fallimento*, a cura di SANTANGELI, Milano, 2006, 80; D'ORAZIO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di Bonfatti e Panzani, Milano, 2008, 95; CELENTANO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento e concordati*, a cura di Celentano e Forgillo, Torino, 2008, 141; GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006, 147; PAGNI, *I provvedimenti cautelari a tutela del patrimonio e dell'impresa nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in CAIAFA, DE MATTEIS, SCARAFONI, *Le procedure concorsuali*, Padova, 2011, I, 227 (si tratta di deroga alla regola della natura monocratica dell'organo che decide l'istanza cautelare, contenuta nell'art. 669 *quater*, comma 2, c.p.c., secondo cui se la causa pende davanti al tribunale la domanda si propone all'istruttore e nell'art. 15, comma 8, non è prevista la nomina dell'istruttore, ma solo la delega ad un relatore). L'istanza cautelare potrà essere avanzata alla Corte d'appello, laddove venga proposto reclamo, ex art. 22, l. fall., avverso il decreto di rigetto del ricorso di fallimento.

³⁸ Il provvedimento va adottato dal Tribunale e non può essere delegabile (in tal senso anche SANTANGELI, *Sub art. 15 l.fall.*, cit., 80).

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

ministero o debitore stesso) contenuta nel ricorso oppure formulata successivamente, e viceversa non proponibile, a nostro avviso, *ante causam* in quanto strutturalmente e funzionalmente subordinata alla pendenza di un giudizio finalizzato alla verifica della sussistenza dei requisiti per la dichiarazione di fallimento³⁹.

Anche la «legittimazione» del P.M., simmetricamente al creditore agente, non può sfuggire alla sopportazione di uno specifico onere probatorio e prima ancora di allegazione, all'esito del cui assolvimento può collocarsi l'indefettibile accertamento giudiziale della fattispecie stabilita dalla legge per la richiesta stessa, che -soltanto quale atto tipico- è idoneo a sostanziare validamente la premessa della dichiarazione di fallimento⁴⁰. Si tenga conto che nella casistica giurisprudenziale il P.M. è, nella gran

³⁹ Si tratta del medesimo problema che si è posto in ordine alla fattispecie di cui al terzo comma dell'art. 2476 c.c., per la revoca in via cautelare degli amministratori di s.r.l., visto che a differenza di quanto accade per la sospensiva delle delibere assembleari (artt. 2378, comma 3, 2479 *ter*, comma 4, e 2519, comma 1, c.c.) non v'è espressa deroga ai principi del processo cautelare uniforme. In realtà la preclusione in questo caso deriva dalla inscindibile associazione istituita dalla disciplina speciale tra tutela cautelare e procedimento prefallimentare (PAGNI, *op. cit.*, 228; FILOCAMO, *Misure cautelari*, in FERRO-DI CARLO, *L'istruttoria prefallimentare*, cit., 557; CELENTANO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 141, che trae la conclusione dalle limitazioni poste dalla legge all'efficacia del provvedimento collegata direttamente alla durata del procedimento prefallimentare). Per la soluzione dubitativa invece FABIANI, *Le misure cautelari fra tutela del credito e nuovo fallimento come tecnica di conquista dell'impresa insolvente*, in AA.VV., *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di PALMIERI, Torino, 2009, 63, che ne prospetta l'ammissibilità.

⁴⁰ Così F. AULETTA, *L'iniziativa del PM in funzione cautelare nella dichiarazione di insolvenza*, in Atti del convegno "Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare", relazione al Convegno "Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare", Napoli 1 aprile 2011, 3 (secondo cui "l'insolvenza di un imprenditore non definibile in «fuga», ovvero al quale non sia riferibile la «chiusura dei locali dell'impresa» ovvero non altrimenti indiziabile di attività «fraudolenta» non è capace di determinare una valida dichiarazione di fallimento su richiesta del P.M. dal momento che la richiesta è atto non soltanto doveroso nei casi stabiliti dalla legge, ma è atto al contempo precluso fuori degli stessi casi, apparendo costante nella capacità del promotore pubblico di conoscere applicazioni limitate a un elenco chiuso di ipotesi legislativamente fissate, come si conviene -del resto- a tutti i soggetti che vengono abilitati dichiaratamente a spendere in giudizio non «propri diritti» (art. 24, 1° comma, Cost.): soggetti che, perciò, neppure possono rivendicare una costituzionale riserva a sè del generale (innominato) e astratto (indipendente, cioè, dalla situazione sostanziale) potere d'azione. Per conseguenza, il P.M. può «da[re] luogo ad azione» per la dichiarazione di fallimento soltanto in casi particolari (nominati) e in concreto sussistenti (cioè, postulanti un accertamento in senso proprio della situazione legittimante affermata); in mancanza, quando al Pubblico ministero «non compete azione», il tribunale ne rigetterà la richiesta perché non sarà risultata integra la serie dei presupposti. Ne

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

parte dei casi, il soggetto che richiede i provvedimenti *ex art. 15*, comma 8, l. fall., in genere per ragioni diverse dalla tutela dell'attività economica: vuoi in funzione preventiva rispetto a eventuali fattispecie di reati fallimentari in formazione⁴¹, vuoi, forse, per dare una funzione cautelare al proprio intervento in un sistema riformato che ha ridimensionato le ipotesi di iniziativa⁴², vuoi, ancora, per recuperare quelle attribuzioni che il legislatore ha inteso sottrargli sul piano generale per ridurre l'intervento pubblico "dirigista" nella vita dell'impresa, a cominciare dal venir meno della legittimazione al ricorso *ex art. 2409 c.c.* (salvo per le società che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio) che costituisce il caso più emblematico⁴³.

L'istanza di parte è comunque una occasione di determinazione del contenuto del provvedimento, in modo che lo stesso sia correttamente calibrato in funzione della richiesta, ferma restando la attenuata operatività, in materia di provvedimenti cautelari, del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'*art. 112 c.p.c.*⁴⁴. Ciò nel senso che l'autorità giudiziaria non ha una discrezionalità

viene un profilo soggettivo del potere pubblico che non pare secondare l'idea di un esercizio in funzione cautelare, special-preventiva, se non accidentale").

⁴¹ In alternativa, o talora in aggiunta, ad una richiesta di sequestro preventivo *ex art. 321 c.p.c.* (sul rapporto tra misure cautelari civili e penali, cfr. CELENTANO, *Il sequestro preventivo e l'esistenza di una controversia sulla proprietà o il possesso: finalità. Utilità pratica, possibili esiti, raccordo con l'azione civile*, in *www.csm.it*; BELLÈ, *op. cit.*, 16 s.).

⁴² Ad esempio nella fattispecie sottoposta al Trib. Monza, 11 febbraio 2009, cit., il PM pone l'accento su attività distrattive effettuate attraverso bonifici con la causale *cash pooling* che rappresenterebbero attività di drenaggio della liquidità verso la capogruppo. Dalla lettura del provvedimento del Tribunale di Monza emerge che la sussistenza di un concreto pericolo di condotte illecite abbia indotto il Tribunale a valutare con un minor rigore il presupposto dello stato di insolvenza. La delicatezza del tema è evidenziata da SANTANGELI, *op. ult. cit.*, 77, il quale rileva il rischio che l'*art. 15 l. fall.* venga male inteso, «ricavando quasi una facoltà per il Tribunale di non essere tempestivo nell'accertamento dei requisiti dimensionali dell'impresa e dell'insolvenza in ragione della possibilità di pronunciare misure cautelari che "congelino" il patrimonio del fallendo; ciò che volgerebbe il rimedio configurato dal legislatore a rivelarsi peggiore del male».

⁴³ Sulla questione più generale MONTAGNANI, *Ideologia corporativa e controllo giudiziario sulle società di capitali*, Padova, 2008.

⁴⁴ Cfr. in tema SANTANGELI, *op. cit.*, 79; DITTRICH, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 275; VULLO, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari*, a cura di CHIARLONI e CONSOLO, Torino, 2005, 1269. SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, in *Il processo cautelare*, a cura di TARZIA e SALETTI, Milano 2008, 385; PLENTEDA, *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, Milano, Ipsa, 2008, 73; DE MATTEIS, *Istanza di fallimento del debitore. L'istruttoria*

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

assoluta nel determinare il tipo di tutela ed il contenuto della misura cautelare, che altrimenti si trasformerebbe in una sorta d'iniziativa d'ufficio. Potrà effettuare, tuttavia, una diversa qualificazione dei fatti allegati dal richiedente o indicare differenti modalità di esecuzione della misura, rimanendo nell'alveo oggettivo della richiesta di parte.

Si tratta di misure soggette, previa valutazione di compatibilità ai sensi dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. (che le richiama come gli «altri provvedimenti cautelari») alle norme sul procedimento cautelare uniforme ex artt. 669 *bis* e ss. c.p.c.⁴⁵; come tali reclamabili⁴⁶, modificabili, revocabili⁴⁷ e che possono essere emesse *inaudita altera parte* nel rispetto delle regole del codice di rito, ex art. 669 *sexies* comma 2⁴⁸, e quindi con la necessità di conferma, modifica o revoca con apposita ordinanza (e non con la sentenza dichiarativa di fallimento), resa a seguito di una udienza di comparizione

prefallimentare, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da FAUCEGLIA e PANZANI, Torino, 2009, 214.

⁴⁵ Così DE SANTIS, *Sub art. 15 cit.*, 327; Id., *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari*, in *Fallimento*, 2009, 82; PAGNI, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2011, 864; RUSSO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento (la fase c.d. prefallimentare)*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, I, Torino, 2010, 110.

⁴⁶ A norma dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. innanzi alla corte d'Appello, considerato che la natura sommaria della cognizione cautelare impone che vengano riconosciute le garanzie previste dal legislatore sul controllo dell'esercizio del potere urgente (DE MATTEIS, *Istanza di fallimento del debitore*, cit., 219; FABIANI, *Le misure cautelari cit.*, 63, n. 30 ove richiama le due diverse soluzioni offerte dalla dottrina in merito all'organo competente a decidere il reclamo, Corte d'appello ovvero altra sezione dello stesso Tribunale). Non è condivisibile l'impostazione di chi ritiene che il reclamo vada proposto ai sensi dell'art. 26 l. fall. (SCARSELLI, *Procedure prefallimentari e procedimenti in camera di consiglio*, in *Foro it.*, 2006, V, 179 s.) tenuto conto che si tratta di un rimedio prettamente "endofallimentare", che presuppone una procedura aperta.

⁴⁷ A norma dell'art. 669 *decies* c.p.c., se si verificano mutamenti delle circostanze (in tal senso BLATTI, *I provvedimenti cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento & crisi dell'impresa*, 2008, 1045; FERRO, *I poteri del giudice delegato nell'istruttoria sull'insolvenza*, in *Fallimento*, 2008, 1045; SCIACCA, *L'istruttoria prefallimentare: profili processuali*, in *Dir. fall.*, 2007 I, 64; DE MATTEIS, *op. ult. cit.*, 219).

⁴⁸ In tal senso DE SANTIS, *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari*, cit., 84; FABIANI, *op. ult. cit.*, 63 (il quale ritiene necessario in tal caso il rispetto del meccanismo ex art. 669 *sexies* c.p.c.); SANTANGELI, *op.cit.*, 79; CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di Cottino, Padova, 2009, 198; BLATTI, *I provvedimenti cautelari*, cit., il quale ritiene che il legislatore, nel regolare la fattispecie, abbia considerato la modalità *inaudita altera parte* come l'ipotesi normale.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

fissata nei quindici giorni⁴⁹. Il fatto che si tratti di misure *non ultrattive*⁵⁰, che hanno cioè la medesima durata del procedimento per dichiarazione di fallimento⁵¹, ha infatti indotto una certa giurisprudenza a ritenere, erroneamente, di poterle emettere senza contraddittorio per poi confermarle con la sentenza dichiarativa di fallimento o revocarle col decreto di rigetto⁵².

I provvedimenti possono essere emessi in presenza dei requisiti del *fumus*⁵³ e del *periculum*, che in particolare può concretizzarsi nel rischio che, nelle more del procedimento prefallimentare, possa essere lesa la capacità produttiva, l'unità e l'integrità, fisica o giuridica dell'azienda⁵⁴; possano essere realizzati atti distrattivi o

⁴⁹ In tal senso anche PAGNI, *I provvedimenti cautelari*, cit., 228.

⁵⁰ FABIANI, *Le misure cautelari*, cit., 62 e 64, esclude un'autonoma ultrattività dei provvedimenti, e, quindi, l'applicabilità del nuovo regime processuale della strumentalità attenuata introdotto per i provvedimenti cautelari anticipatori dal D.L. n. 35/2005, convertito in L. n. 80/2005; per l'ammissibilità di provvedimenti di natura anticipatoria, ma senza l'ultrattività di cui all'art. 668 *octies* c.p.c., CORDOPATRI, *Le procedure concorsuali e le misure urgenti di cui all'art. 15 legge fallim.*, in *Dir.fall.*, 2011, II, 327, ipotizza invece «una protrazione di effetti operativi delle misure adottate» FERRO, *I poteri del giudice delegato*, cit., 1045.

⁵¹ Provvedimenti inquadrabili tra le misure cautelari cd. «extravaganti», in quanto trovano la loro disciplina normativa non nel codice di procedura civile (e precisamente nelle sezioni II, III, IV e V del quarto libro), ma nel codice civile o (come nel caso che ci occupa) in leggi speciali (DE SANTIS, *Sub art. 15*, cit., 327; in tema cfr. pure SCIACCA, *op. cit.*, 43; CAIAFA, *L'istruttoria prefallimentare: i provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 178).

⁵² Trib. Teramo, 18 maggio 2011, in *www.ilcaso.it*, Trib. Vibo Valentia, 19 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*; invece correttamente Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Fallimento*, 2010, 1180.

⁵³ Il *fumus boni iuris* consiste evidentemente nella valutazione della presumibile fondatezza della richiesta di fallimento in relazione alla sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi a norma degli artt.1 e 5 l.f. (MONTANARO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di DIDONE, Torino, 2009, 286). La giurisprudenza ha evidenziato che «il nesso di evidente dipendenza delle misure interinali rispetto alla pronuncia di fallimento impone che il *fumus* di probabile fondatezza della domanda involga piuttosto l'accertamento dello stato di insolvenza in base ad una cognizione tuttavia sommaria, non venendo in rilievo, come esclusivo ed assorbente presupposto, la sola sussistenza del diritto vantato dal ricorrente, che pure occorre vagliare» (Trib. Nocera Inferiore, 23 novembre 2007, in *www.dirittoitalia.it*).

⁵⁴ Trib. Sulmona 11 novembre 2009, in *Giur. mer.*, 2010, 6, 1576, riguardante un affitto di azienda stipulato sei mesi prima.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

depauperativi; possano essere assunte nuove e consistenti obbligazioni; possa essere resa più difficile od incerta la liquidazione dell'attivo; possa essere vanificata o ridimensionata la possibilità della riallocazione dei valori funzionanti (o *funzionali*) ad altre imprese o, ancora, possa essere leso il diritto di garanzia e di partecipazione ad un processo esecutivo concorsuale rispettoso della *par condicio creditorum*.

3. La norma contempla, contrariamente a quanto rilevato da qualcuno⁵⁵, due gruppi distinti di misure che possono anche essere assunte contemporaneamente o cumulativamente: quelle conservative del patrimonio "statico" (ovvero di singoli beni, materiali o immateriali, rapporti e valori) e quelle a tutela dell'impresa "dinamica" intesa come attività economica⁵⁶. Il Tribunale può ritenere opportuno preservare, attraverso la vigilanza, l'osservazione o l'esercizio *controllato* dell'attività economica, l'impresa onde permettere, per l'ipotesi di dichiarazione di fallimento, alla procedura di scongiurare il pericolo di veder depauperati irreversibilmente dal "fermo" i valori aziendali. Solo un organismo ancora funzionante si presta ad essere qualificato come azienda e ciò esige quindi che l'impresa continui ad essere esercitata⁵⁷.

⁵⁵ Si è rilevato che la relazione illustrativa al d.lgs. n.5 del 2006 impiega la particella congiuntiva "e" e non la disgiuntiva "o", in quanto 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). Secondo altra impostazione la scelta operata, in alternativa, in ragione della disgiuntiva "o", tra provvedimenti cautelari e conservativi, è 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. DE SANTIS, *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari*, cit., 82, precisa che la distinzione tra carattere anticipatorio e conservativo ha valenza puramente descrittiva in ragione della disciplina comune a cui sono sottoposti i provvedimenti in oggetto.

⁵⁶ Sulla tutela dell'impresa in crisi come attività mi permetto di rinviare già a FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda*, cit., 6 s.

⁵⁷ E' stata correttamente evidenziata «la natura dinamica della responsabilità patrimoniale dell'impresa, e cioè di un fenomeno esso stesso dinamico, il valore del quale non viene in vero espresso dal valore dei beni in essa attualmente impiegati, ma dalla capacità produttiva della

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

Il dato letterale contenuto nell'art. 15, l. fall., è infatti univoco nello stabilire come oggetto del provvedimento possa essere *l'impresa* e siccome questa è una "attività", è questa che deve essere oggetto di provvedimenti⁵⁸, tant'è che la stessa norma distingue, come visto, l'impresa dal generale patrimonio dell'imprenditore, sancendone implicitamente la tutela.

D'altra parte l'impresa non può essere considerata più soltanto come una diretta proiezione dell'imprenditore, ma va necessariamente vista come una realtà oggettivamente rilevante cui l'ordinamento accorda tutela ed assegna uno specifico ruolo ed alla quale sono riferibili, in certi limiti, situazioni e rapporti autonomi rispetto a quelli che fanno capo all'imprenditore. E già nella Relazione del Guardasigilli al codice del '42, sull'impresa in generale (n. 34), è chiara la distinzione tra *impresa in senso funzionale*, come attività professionale organizzata dell'imprenditore, ed *impresa in senso strumentale* come organizzazione del lavoro e degli altri strumenti produttivi cui dà luogo l'attività professionale dell'imprenditore. Quest'ultima "in fondo è sì ancora una espressione dinamica, cui mette origine l'attività, ma allorché si distacca dal suo autore acquista il carattere più statico dell'azienda". E come vedremo la valorizzazione del termine *impresa* nella norma in esame e nelle disposizioni che l'hanno preceduta, ad esempio, nella legge Marzano, parte proprio da questa impostazione che deve essere ben chiara ai fini della corretta impostazione del fenomeno.

Nell'ottica del legislatore *l'impresa* è un valore da preservare in quanto, grazie ad essa, è possibile valorizzare l'azienda quale componente centrale dell'universo della liquidazione concorsuale. Inoltre a livello fallimentare sfumano le categorie concettuali, quali i beni, diritti, aspettative, per essere sostituite dal nuovo e diverso concetto di "valore". Si pensi a quelle attività economiche che abbiano per oggetto l'erogazione di un servizio che – se non esercitato – genera la risoluzione dei rapporti negoziali coi clienti. Si pensi alle società che svolgono attività o servizi di interesse pubblico ove il

quale il loro complesso risulta dotato...ed è appunto tale capacità produttiva a costruire l'autentica garanzia dei creditori, come emerge con chiarezza dalla circostanza che, da un punto di vista economico, il credito viene concesso all'impresa su base personale e non reale, e cioè in ragione piuttosto della ricchezza che essa è in grado di generare che non della consistenza attuale del relativo patrimonio» (FERRI JR., *Le forme di esercizio dell'impresa fallita*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 183 s.)

⁵⁸ D'altra parte la relazione illustrativa alla riforma della legge fallimentare evidenzia come questa sia "...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".

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

mancato esercizio della attività di impresa genera la dispersione dei valori, talora *intangibles*⁵⁹.

La premessa ha una sua precisa funzione perché solo rimarcando il valore dell'impresa, nel contesto della procedura, si comprende la portata dei poteri conservativi a tutela della stessa. In altri termini, così come si consente di intervenire nella sfera giuridico patrimoniale del debitore al fine di preservare beni dei quali è necessario evitare dispersioni, così, a maggior ragione va preservato quel valore che, a sua volta, genera valori o li conserva ed evita dispersioni. Come non si può correre il rischio che il fallendo si privi di un bene immobile, così non si può correre il rischio che il suo disinteresse, la sua inettitudine, la sua malafede o comunque condizioni indipendenti dalla sua capacità o correttezza, portino alla dispersione dei valori aziendali funzionanti o *funzionali* ad altre imprese.

D'altra parte l'esigenza di tutti gli ordinamenti giuridici di prevedere uno specifico diritto delle imprese in crisi nasce sul piano economico dai problemi connessi all'*azione collettiva*. Le procedure concorsuali impediscono le azioni esecutive e cautelari dei singoli creditori che produrrebbero altrimenti effetti distruttivi per l'impresa in *default*⁶⁰. Quando le passività superano le attività i creditori tendono, infatti, a sprecare risorse nel tentativo di appropriarsi per primi di "pezzi" del patrimonio del debitore con effetti pregiudizievoli sull'unità aziendale. L'impresa in attività, infatti, ha spesso un valore, derivante in particolare dall'avviamento, maggiore di quello risultante dalla sommatoria dei singoli beni che la compongono e che i creditori nell'azione esecutiva individuale tendono a disaggregare. L'avviamento inteso come capacità dell'impresa di creare valore, deriva dalla circostanza che il complesso di beni e rapporti organizzato dall'imprenditore sia una *cosa* dinamica, un bene in atto, diverso cioè da un semplice compendio produttivo dotato di ogni accessorio ma senza

⁵⁹ Per intangibile si intende un "bene" che – da solo non è commerciabile – ma che può essere ceduto con l'azienda e consente a questa di assumere un valore esponenziale. Si pensi, solo per fare un esempio, tra i tanti, al fallimento delle società di calcio ove la considerazione del dato azienda permette di monetizzare "valori", quali il "titolo sportivo", che altrimenti sarebbero incredibili, se considerati singolarmente. Sul tema mi permetto di far riferimento a FIMMANÒ, *La crisi delle società di calcio e l'affitto della azienda sportiva*, in *Dir. fall.*, 2006, 3. Si pensi ancora alle imprese convenzionate con il sistema sanitario nazionale (al riguardo ancora FIMMANÒ, *Gli effetti del trasferimento d'azienda sull'autorizzazione sanitaria regionale e sul c.d. accreditamento istituzionale*, in *Riv. not.*, 2003, 133).

⁶⁰ T.H. JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy law*, Harvard University press, Cambridge, Mass. - Londra 1986, secondo cui obiettivo primario del diritto delle imprese in crisi è quello di impedire una corsa distruttiva ai beni del debitore (al riguardo cfr. pure FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente*, cit., 152 s.).

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

vita ⁶¹.

Il peculiare contesto in cui è contemplata la tutela cautelare incide sulla natura e la struttura della stessa, in quanto, la logica concorsuale è necessariamente collettiva ed impone al giudicante di astrarsi dalla prospettiva del singolo ricorrente per soddisfare le esigenze dell'intera massa dei creditori. Ne consegue che istanze dello stesso genere possono portare a risultati molto diversi sul piano della tutela accordata, a seconda che siano o meno inserite in un contesto prefallimentare ⁶². Nessuno ha mai dubitato che, al di fuori del processo fallimentare, il creditore possa avere rimedi cautelari su cespiti appartenenti al patrimonio dell'imprenditore o su singoli beni dell'impresa, tuttavia solo, all'interno dello stesso, possono trovare accesso provvedimenti cautelari a presidio del valore dell'impresa, nella sua unitarietà ed a tutela della sua continuità. Se così non fosse non vi sarebbe stato bisogno di un'espressa disposizione normativa ⁶³, diretta ad "anticipare" in fase cautelare i caratteri dell'*universalità oggettiva e della concentrazione*, tipici della procedura concorsuale, che si integrano perfettamente con la considerazione unitaria dell'impresa e della sua gestione e liquidazione *in blocco* ⁶⁴. A

⁶¹ L'azienda può essere tale anche se è inattiva purchè l'attività d'impresa sia stata un tempo esercitata ed il complesso di elementi, da cui è formata, abbia tutti i presupposti oggettivi per essere riavviato. Secondo la Cassazione (26 luglio 1978, n. 3754, cit., 880) l'azienda non viene meno se manca l'avviamento per cui è perfettamente ipotizzabile la cessione di un'azienda inattiva (nello stesso senso NOBILI, voce *Avviamento d'impresa*, in *Noviss. Digesto it.*, I, Torino, 1958, 1568). Si è affermato che un'azienda senza avviamento può esistere solo se è stata appena costituita e non è ancora entrata in attività, oppure quando si trovi nella fase di liquidazione che ne precede la scomparsa (RAVÀ, *Diritto industriale*, I, Torino, 1973, 273; AZZARITI, *Cessione di esattoria comunale e avviamento commerciale*, in *Giur. it.*, 1980, IV, 77 s.; Cass. 5 luglio 1968, n. 2558, in *Riv. dir. ind.*, 1970, II, 39).

⁶² GHIGNONE, *I provvedimenti cautelari o conservativi nell'ambito dei giudizi di dichiarazione di fallimento: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 500.

⁶³ ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 34.

⁶⁴ Epifanica è la considerazione della Suprema Corte (Cass. 3 novembre 1994, n. 9052, in *Giust. civ.* 1995, I, p. 966) secondo cui "la mancata previsione del pignoramento di azienda si giustifica, del resto, con la considerazione che, quando l'insolvenza dell'imprenditore sia meramente occasionale ed episodica, non vi è necessità di pignorare l'azienda, essendo sufficiente il pignoramento dei singoli beni di sua proprietà; quando invece gli inadempimenti dell'imprenditore raggiungono le dimensioni dello stato di insolvenza, si ricorre alla dichiarazione di fallimento che investe l'intero patrimonio del debitore e dà ingresso all'esecuzione concorsuale...".

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

differenza di quanto accade nell'esecuzione individuale ⁶⁵, un unico magistrato, esercita le funzioni di *vigilanza e di controllo* sulla regolarità dell'intero procedimento ⁶⁶ ed un unico "custode" ⁶⁷, il curatore, ha l'amministrazione e la disponibilità dell'intero patrimonio fallimentare.

4. Il legislatore ha evidentemente concepito, nella fattispecie, misure cautelari dal contenuto *atipico* in quanto non ha inteso imbrigliare il Tribunale in schemi concettuali

⁶⁵ PROVINCIALI, *Il sequestro d'azienda*, Napoli, 1959, 83 s.; VOCINO, *I poteri del sequestratario di azienda nel procedimento per l'avocazione dei profitti di regime*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, I, p. 143 s.; CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Milano 1953, 80; ANDRIOLI, *Progresso del diritto e stasi del processo*, in *Studi in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958, vol. 5, 427; PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda*, Napoli, 1970, p. 154 s.; LUISO, *Procedure esecutive, sulle aziende di telecomunicazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 599, secondo cui un pignoramento d'azienda in considerazione della mancanza nel nostro ordinamento di un provvedimento strutturale simile alla sentenza dichiarativa di fallimento, si ridurrebbe in realtà al pignoramento dei singoli beni componenti l'azienda e quindi ad una mera sommatoria di pignoramenti singolari. Per "poter pignorare tutti gli elementi attivi dell'azienda con un unico atto, sarebbe necessario che il legislatore prevedesse, anche per l'esecuzione singolare, un atto simile per struttura ed effetti alla sentenza dichiarativa di fallimento: quindi, in sostanza, un provvedimento dichiarativo, i cui effetti rispetto ai terzi prescindano dalle regole di circolazione dei singoli diritti". In mancanza di un atto di questo tipo, il pignoramento d'azienda nel suo insieme è impossibile. *Contra*: MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Milano, 1942, p. 399 s.; SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile italiano*, IV ed., Torino, 1963, p. 104; CANDIAN, *Il sequestro conservativo penale*, Padova, 1955, p. 168.

⁶⁶ Mentre nelle procedure esecutive individuali esistono norme inderogabili sulla competenza, nelle procedure concorsuali la universalità e la concentrazione sono così importanti che la giurisprudenza considera ad esempio inammissibile l'apertura di due distinte procedure fallimentari a carico del socio illimitatamente responsabile di una società di persona dichiarata fallita il quale svolga anche attività di imprenditore individuale in un altro luogo. In tal caso sarà competente per entrambe le fattispecie esclusivamente il Tribunale del luogo della sede della società (Cass. 4 luglio 1985, n. 4024, in *Dir. fall.*, 1985, II, 668 e in *Fallimento*, 1986, 402).

⁶⁷ Nell'espropriazione forzata potranno, invece, aversi più custodi. E comunque, come si è giustamente rilevato, "anche se in concreto si avesse un unico custode per un'azienda costituita soltanto da beni mobili, questi, pur se autorizzato ad utilizzare le cose pignorate, difficilmente potrebbe gestire l'azienda, dalla quale sono stati sottratti - a seguito di pignoramento - i titoli di credito e il danaro" (BOZZA, *La vendita dell'azienda nelle procedure concorsuali*, Milano, 1988, 33).

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

rigidi o precostituiti qual è ad esempio il "sequestro giudiziario"⁶⁸ che se da un lato può apparire più codificato sul piano sistematico⁶⁹ finisce, dall'altro lato, col creare limiti concreti di funzionalità⁷⁰ ed ammissibilità.

Tali schemi possono essere utilizzati come fonte di ispirazione per la determinazione del contenuto del provvedimento che però non è vincolato⁷¹. Non si tratta, tuttavia, di anticipare⁷² gli effetti costitutivi veri e propri della sentenza

⁶⁸ Si è osservato che «a ben vedere sembra più corretto ritenere che tutti i provvedimenti, sia cautelari che conservativi eventualmente adottati in questa fase, abbiano carattere necessariamente atipico, e cioè siano veri e propri provvedimenti d'urgenza assunti fuori degli schemi dei provvedimenti cautelari tipici. Basta in tal senso osservare che il tribunale non sembrerebbe legittimato ad emettere né un sequestro giudiziario, in mancanza di una controversia sulla proprietà o sul possesso, né il sequestro conservativo poiché l'istruttoria prefallimentare non ha come suo scopo quello di precostituire una garanzia a favore del creditore istante» (VIT ALONE, in CHIMENTI, RIEDI, VIT ALONE, *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2008, 31). Altri ritengono le misure cautelari possano essere quelle tipiche od anche innominate (Cfr PANZANI, *La riforma delle procedure concorsuali – il secondo atto in www.ipsoa.it/fallimento*, par 1.5; SANTANGELI, *op. cit.*, 78).

⁶⁹ Nell'attuazione delle misure, considerato che esse devono produrre effetti anche per i terzi estranei al procedimento, potrebbe essere opportuno avvicinare la regola della atipicità ad una maggiore prossimità con figure già nominate al fine di agevolarne l'iscrivibilità. A tale risultato si potrebbe arrivare considerando «la norma fallimentare speciale, almeno per tale parte, anche rispetto alla regola di chiusura degli atti iscrivibili posta dall'art. 2196 c.c. e soprattutto elevando la stessa pendenza dell'istruttoria prefallimentare a condizione processuale che giustifica la iscrivibilità delle misure per legge nei pubblici registri e dunque una reale opponibilità giuridica a tutti i terzi» (così FERRO, *Sub art. 15*, in *La legge fallimentare*, a cura di FERRO, Padova, 2007, 123).

⁷⁰ Si è rilevato che vista dal lato oggettivo e da quello funzionale, la tutela cautelare può essere rivolta a proteggere il patrimonio dell'impresa con l'adozione di misure idonee ad impedire il compimento di atti, latamente, dispositivi; ovvio è il richiamo alla figura del sequestro conservativo (FABIANI, *Contratto e processo cit.*, 61; nello stesso senso DE MATTEIS, *Istanza di fallimento del debitore*, cit., 211).

⁷¹ Il rapporto, nella fattispecie, tra provvedimenti tipici ed atipici è analizzato da BELLÈ, *op. cit.*, 11 s.

⁷² SANTANGELI, *op.cit.*, 79, secondo cui probabilmente nell'intento del legislatore il termine cautelari va inteso nel senso di anticipatorio, 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.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

dichiarativa dell'insolvenza ma di realizzare effetti protettivi dell'impresa o del suo patrimonio evitandone spinte disgregative, come ad esempio accade per il sequestro giudiziario rispetto ad una sentenza di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto⁷³.

Del resto l'atipicità *ontologica* degli interventi non contrasta neanche con i principi generali ed è un connotato caratterizzante tutta la vicenda fallimentare visto che atipici sono generalmente i contenuti dei piani di risanamento (art. 67 lett.d), quelli degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis l.fall), i modi di liquidazione dell'attivo (cfr. art.107 l.fall.), le condizioni del piano nel concordato preventivo e le proposte di concordato fallimentare. Tutte situazioni che possono incidere in maniera non predeterminata sullo svolgimento della attività di impresa sulla quale possono cadere in maniera più o meno invasiva.

Non sono da ritenersi ammissibili, in ogni caso, provvedimenti anticipatori in senso proprio della sentenza costitutiva (come tale irretroattiva)⁷⁴, come ad esempio il decorso dell'anno previsto dall'art. 10 l. fall., o lo *status* di fallito o la decorrenza del c.d. periodo sospetto ai fini delle azioni revocatorie⁷⁵, o l'improcedibilità delle procedure esecutive individuali o, infine, l'impossibilità dei terzi contraenti di sciogliersi dai rapporti contrattuali in corso.

Tuttavia deve trattarsi di provvedimenti "strumentali" che possano avere effetti confermabili dalla sentenza dichiarativa di fallimento⁷⁶ e non costituiscano un *hortus conclusus* come, ad esempio, accade per quelli resi *ex art. 2409, c.c.*. La tutela non è

⁷³ Si è osservato che il legame tra merito e cautela va inteso non solo come riferito agli effetti propri della sentenza di fallimento, ma anche a quegli ulteriori effetti che non sono soli di essa, ma di atti che da essa derivano e che sono interni al susseguente procedimento liquidatorio fallimentare. La necessaria conferma del provvedimento cautelare sta a sancire non solo la stabilità degli effetti anticipati dal provvedimento rispetto alla sentenza, ma anche a sorreggerne la perdurante efficacia, nel procedimento fallimentare, in attesa del saldarsi di tali effetti con le opportune scelte, sui medesimi aspetti, da parte del curatore (BELLÈ, *I provvedimenti cautelari* cit., 6).

⁷⁴ Tra le altre cfr. Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26619, in *Foro it.*, 2008, I, 803.

⁷⁵ DE MATTEIS, *Istanza del fallimento del debitore*, cit., 212; SANTANGELI, *Il nuovo fallimento*, cit., 78. Ha invece sostenuto l'ammissibilità di una misura cautelare anticipatoria dei termini GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 191. In realtà un provvedimento del genere tracimante rispetto ai confini dell'ordinamento produrrebbe effetti costitutivi ed espansivi a ritroso.

⁷⁶ Si è affermato che gli effetti che non possono considerarsi tipici della sentenza non sono anticipabili in via cautelare per l'assenza del necessario vincolo di strumentalità (CELENTANO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 141).

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

strumentale ad un diritto del creditore istante che viene riconosciuto in sentenza, ma alle finalità della successiva liquidazione fallimentare.

Il sequestro giudiziario, od una misura equipollente che al pari generi lo spossessamento dell'imprenditore tipico della dichiarazione di insolvenza, può avere in linea di principio attitudine alla detta conferma⁷⁷. Il *sequestro conservativo*, al contrario, 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 fallimento⁷⁸. E già prima della riforma il principio era pacifico sul presupposto che la norma intendeva vietare, non solo, le azioni espropriative vere e proprie, ma anche quelle cautelari con carattere strumentale rispetto al processo esecutivo⁷⁹.

I provvedimenti che il Tribunale può emettere sono, quindi, caratterizzati da un *ampio grado di atipicità* sicché la conservazione del "valore impresa" dipende dalla valutazione della fattispecie concreta (così come succede ad esempio in caso di emissione di un provvedimento che vieti al fallendo di disporre di un determinato bene)⁸⁰, e nel caso del sequestro, o del provvedimento equipollente, è più corretto evitarne una qualificazione nominale e tipica⁸¹.

⁷⁷ Si è evidenziato che il sequestro giudiziario, la cui funzione è quella di assicurare la custodia dei beni nelle more della controversia sulla proprietà o sul possesso (anche intesa nel senso di *ius ad rem*), sarebbe inammissibile perché mai potrebbe sussistere una controversia di tal genere fra il richiedente il fallimento ed il debitore (SCARAFONI, *I provvedimenti cautelari nell'istruttoria prefallimentare*, in *Giur. mer.*, 2010, 6, 1579, nota a Trib. Sulmona, 11 novembre 2009). In realtà il fallimento genera lo spossessamento e quindi il sequestro giudiziario che può riguardare il possesso in qualche modo ha attitudine cautelare a rappresentarne una anticipazione. Per quest'ultima misura tipica, ad esempio, propende Trib. Verona 21 maggio 2008, in *Fov it.*, 2008, 6, 2026.

⁷⁸ Ha ritenuto invece ammissibile il sequestro conservativo delle liquidità e dei beni mobili od immobili dell'imprenditore Trib. Udine 11 luglio 2008, in *Fallimento*, 2009, 80.

⁷⁹ BELVISO, *Sequestro e fallimento*, Milano, 1978; Id., *Sequestro conservativo e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 101; Cass., 27 febbraio 1989, n.1050, in *Giur.it.*, 1989, I, 1136; Cass., 18 gennaio 1995, n.520, in *Fallimento*, 1995, 837; Cass., 21 luglio 1994, n.6809, *ivi*, 1995, 259; Cass., 12 marzo 1990, n. 2004, *ivi*, 1990, 709.

⁸⁰ Si è denunciato che nell'art. 15 l. fall. non viene specificato secondo quali modalità il tribunale deve pronunciarsi sulla concessione o meno della misura cautelare, visto che non è individuato il tipo di provvedimento da adottare (se un decreto motivato oppure una ordinanza), né l'applicabilità al procedimento degli artt. 669 sexies e septies c.p.c., né la necessità di notificare il provvedimento al debitore contumace (RIGHETTI, *Il procedimento per la*

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

Si possono ipotizzare provvedimenti di sospensione ragionata dei pagamenti impartiti al debitore⁸² o di inibitoria alla stipulazione di contratti che potrebbero depauperare il patrimonio aziendale a vantaggio di alcuni soltanto dei creditori⁸³, o ancora ordini di fare o di dare o infine provvedimenti di nomina di curatori speciali per il compimento di atti urgenti⁸⁴, ad esempio come la richiesta di cassa integrazione guadagni⁸⁵ o la esecuzione di adempimenti fiscali, contributivi e previdenziali⁸⁶.

dichiarazione di fallimento. L'istruttoria prefallimentare. La sentenza dichiarativa di fallimento, in Il diritto fallimentare riformato a cura di Schiano di Pepe, Padova, 2007, 60).

⁸¹ Come ha fatto una certa giurisprudenza parlando genericamente di sequestro (Trib. Voghera, 1 febbraio 2009, in *Giur. comm.*, 2010, II, 496, con nota di GHIGNONE). V'è chi tuttavia esclude del tutto la possibilità di emettere provvedimenti nominati, trattandosi, sempre, di provvedimenti aticipi, somiglianti quanto a funzione intesa in senso lato, od a modalità attuative, tuttavia mai effettivamente uguali ai provvedimenti tipici (SCARAFONI, *op.cit.*, 1582).

⁸² Trib. Terni 18 aprile 2008, in *Strum. avvocati*, VII-VIII, 44. e in *Aa.Vv.*, *L'istruttoria prefallimentare*, a cura di FERRO e DI CARLO, Milano, 2010, 554.

⁸³ E più in generale provvedimenti inibitori di atti dispositivi diretti ad alterare la *par condicio creditorum* (Trib. Verona 21 maggio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2026 con nota di FABIANI).

⁸⁴ Tra le diverse misure si pensi ad esempio: all'ordine di non effettuare una certa consegna di beni o prestazione di servizi; o di non eseguire pagamenti per evitare che i tempi dell'istruttoria pregiudichino il futuro esercizio delle azioni revocatorie; ordini di fare o di dare come l'ordine di eseguire un contratto essenziale per la prosecuzione dell'attività aziendale in funzione dell'applicazione successiva del sistema di cui agli artt. 72 ss. (cfr. *AA.Vv.*, *Diritto fallimentare (Manuale breve)*, Milano, 2008, 189; SCIACCA, *L'istruttoria prefallimentare cit.*, 62; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 34; FERRO, *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari patrimoniali*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di FABIANI e PATTI, Milano, 2006, 30; DE SANTIS, *Sub art. 15, cit.*, 328; DE MATTEIS, *Istanza di fallimento del debitore. L'istruttoria prefallimentare*, cit., 210).

⁸⁵ Una certa giurisprudenza ha ad esempio individuato il *periculum in mora* che giustifica l'adozione dei provvedimenti cautelari o conservativi di cui all'articolo 15, comma 8, nella necessità di tutelare i diritti dei lavoratori per consentire la prosecuzione del trattamento della Cassa integrazione guadagni (Tribunale Novara, 29 aprile 2011, in *www.ilcaso.it*).

⁸⁶ Si pensi alla presentazione di una dichiarazione IVA o del modello DM10, relativo ai contributi assicurativi e previdenziali, la cui omissione potrebbe determinare l'esclusione da procedure di appalto pubblico.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

Assai opinabili sono gli interventi che incidano, invece, su diritti di soggetti terzi estranei alla fase istruttoria⁸⁷ o che comunque interferiscano nella loro sfera soggettiva⁸⁸, come quelli diretti ad anticipare gli effetti di una revocatoria⁸⁹ o il sistema di cui all'art. 72 e ss. l. fall. sui contratti in corso di esecuzione: si pensi ad un ordine al

⁸⁷ Cfr in tema ARIETA, 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; FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, a cura di FERRO, Padova, 2007, vol. I, 122; MONTANARO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 293. Per l'ammissibilità di misure che incidano sulla posizione di terzi creditori: FILOCAMO, *Misure cautelari*, in FERRO-DI CARLO, *L'istruttoria prefallimentare*, cit., 569; PAGNI, *I provvedimenti cautelari*, cit., 224, n. 23 (secondo cui si tratta di effetti riflessi le cui eventuali conseguenze pregiudizievoli possono essere contrastate dal terzo con un intervento, se concessi *inaudita altera parte*, o mediante reclamo).

⁸⁸ Provvedimenti di questo tipo, inoltre, per le necessarie ragioni di tutela del contraddittorio, determinerebbero l'impropria partecipazione del terzo, parte di una eventuale azione (si pensi ad esempio ad una revocatoria fallimentare o recuperatoria o risarcitoria), fin dalla fase precedente alla dichiarazione di fallimento, sicché la decisione di revoca o conferma della misura, che il tribunale è poi chiamato ad adottare (qualora venga dichiarato il fallimento), non avrà a fondamento la valutazione se il mantenimento della stessa misura sia necessario in relazione alle esigenze liquidatorie della procedura concorsuale, ma necessariamente attingerà alla valutazione della presumibile fondatezza dell'azione (come correttamente sottolinea SCARAFONI, *op. cit.*, 1582). Il terzo che sia effettivamente leso dal provvedimento cautelare reso *inter alios* può proporre reclamo avverso il provvedimento cautelare, laddove non sia stato messo in condizione di intervenire nel procedimento per far valere le sue ragioni (Cass., 14 luglio 1997, n. 605, in *Dir. fall.*, 1998, II, 490; Trib. S. Maria Capua V., 6 febbraio 2004, in *Giur. mer.*, 2004, 2002; Trib. Agrigento, 11 ottobre 2000, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2795; Trib. Torino 27 marzo 2000, in *Giur. it.*, 2001, 300; Trib. Rovigo, 25 settembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 2295; Trib. Catanzaro 27 maggio 1997, in *Rass. avv. Stato*, 1988, I, 424; SCARPA, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano, 2011, 304).

⁸⁹ Ad esempio non può essere condiviso il provvedimento con il quale il Tribunale di Sulmona (11 novembre 2009, cit., 1579) ha disposto il sequestro giudiziario di un ramo d'azienda concesso in affitto. Il decreto investe un cespite di proprietà del debitore, uscito dalla sua disponibilità per effetto del contratto d'affitto e, per tale ragione, non si tratta di un bene immediatamente sottoposto agli effetti della dichiarazione di fallimento. La misura difetta dell'intima e necessaria strumentalità con la dichiarazione di fallimento, perché non si atteggia a strumento protettivo destinato a tutelare il patrimonio o l'impresa fino alla dichiarazione di fallimento ed in funzione della sua successiva liquidazione concorsuale, ma è destinato a produrre i suoi effetti solo in relazione alle vicende successive a tale dichiarazione, in relazione alla prevedibile proposizione dell'azione revocatoria.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

terzo contraente di non interrompere una fornitura indispensabile per la conservazione dell'esercizio dell'attività economica o a misure che consentano, a seconda delle esigenze, la conservazione o la sospensione dei contratti di impresa⁹⁰.

Si tenga conto tuttavia che la misura adottata può essere finalizzata solo alla temporanea conservazione e salvaguardia dei valori aziendali in vista del fallimento o del rigetto dell'istanza. E nella stessa logica il tribunale fallimentare non può sospendere eventuali procedure esecutive in corso⁹¹ o rinviare singole fasi delle stesse⁹², in quanto,

⁹⁰ Come vedremo più avanti anche l'art. 2, comma 2 bis, del d.l. n. 347/2003 (c.d. Legge Marzano come convertita e modificata), prevede che il decreto di cui al comma 2 che determina lo spossessamento del debitore e l'affidamento al commissario straordinario della gestione dell'impresa e dell'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente "*Determina altresì gli effetti di cui all'articolo 48 del decreto legislativo n. 270 e agli articoli 42, 44, 45, 46 e 47 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*" ma non quelli di cui all'art. 50 in tema di contratti.

⁹¹ Al contrario con ordinanza del 28 luglio 2009, il Tribunale di Busto Arsizio (rel. Pupa, in *www.ilcaso.it*) adottata su istanza dello stesso debitore (che, all'udienza per la dichiarazione di fallimento nel procedimento promosso da un creditore, domandava un rinvio utile a presentare una domanda di concordato preventivo) ha disposto la sospensione in via cautelare dell'esecuzione forzata pendente dinanzi ad una sezione distaccata del medesimo tribunale. Il collegio, in modo non condivisibile, ha ritenuto "la ricorrenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* sotto il profilo sia dell'opportunità di evitare la vendita dei macchinari utili alla prosecuzione dell'attività in vista dell'imminente presentazione di un Piano di ristrutturazione dei debiti che potrebbe facilitare l'accesso agli ammortizzatori sociali per i numerosi dipendenti ..., sia dell'esigenza di preservare la *par condicio creditorum* nell'ipotesi in cui dovesse accertarsi lo stato di insolvenza del debitore". Nello stesso senso Trib. Chieti (rel. Ceccarini) 11 febbraio 2010, confermato da Trib. Chieti, 16 febbraio 2010, in *www.il caso.it*.

⁹² In questa logica sono state ritenute ammissibili misure volte ad impedire temporaneamente la vendita coattiva di cespiti immobiliari laddove essi facciano parte, ad esempio, di un più ampio patrimonio aziendale – che restandone impoverito indurrebbe un minor ricavato dalla liquidazione fallimentare, ovvero nelle ipotesi di plurisoggettività fallimentare passiva descritte nell'art. 147 l. fall. di quote di beni appartenenti per la restante parte a soggetti già dichiarati falliti, la cui vendita unitaria in sede fallimentare realizzerebbe al meglio gli effetti satisfattori tipici della massima procedura concorsuale (Trib. Terni, 3 marzo 2011, *Fallimento*, 2011, 852, secondo cui il provvedimento cautelare non elide il vincolo di indisponibilità derivante dal pignoramento già eseguito, ma dilaziona solo gli effetti espropriativi che ne conseguono, fino a quando non sia accertata in via definitiva la sussistenza dei presupposti per accedere all'esecuzione collettiva, cui l'ordinamento conferisce indubbia primazia, secondo un meccanismo di rinvio della procedura esecutiva del tutto analogo a quello che, di prassi, consegue al deposito della domanda di concordato preventivo, per gli effetti protettivi sanciti dall'art. 168 l. fall., in attesa dell'eventuale provvedimento giudiziale di ammissione).

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

come ha giustamente rilevato una giurisprudenza di merito, tale potere è da ritenersi devoluto al giudice dell'esecuzione sino al momento in cui viene aperta quella *super-procedura esecutiva*, caratterizzata da universalità e concentrazione, con l'attivazione del rimedio di cui all'art. 51 l. fall.⁹³.

L'incisività del provvedimento può essere calibrata in modo che al debitore-fallendo sia lasciata (o meno) la gestione dell'attività, semmai sulla base di criteri predeterminati o sotto la vigilanza di un commissario⁹⁴, alla stregua di quello giudiziale

⁹³ Trib. Monza 20 novembre 2009, *cit.*, che non ritiene condivisibile il precedente del tribunale di Busto Arsizio (28 luglio 2009 *cit.*) in quanto finisce con l'attribuire alle misure urgenti *ex art. 15 l.fall.* una funzione diversa da quella per cui la norma è stata concepita, e viceversa ritiene possibile assicurare gli effetti conservativi, da un lato esonerando temporaneamente il terzo pignorato dall'obbligo di pagamento in favore del pignorante e di custodia e conservazione delle somme pignorate, che gli impedirebbe di far utilizzare alla resistente i conti pignorati per far fronte ai necessari pagamenti, e, dall'altro lato – anche allo scopo di evitare condotte distrattive o dissipatorie - rimettendo la gestione del conto ad un organo terzo – un Gestore – che proceda ad impartire gli ordini di pagamento che siano essenziali ed imprescindibili per il funzionamento temporaneo dell'attività d'impresa (conforme Trib. Prato, 4 febbraio 2011, in *Dir. fall.*, 2011, II, 341). Nella stessa linea, seppure con soluzioni e motivazioni diverse, il Tribunale di Milano ha affermato che i provvedimenti cautelari di cui all'art. 15, ottavo comma l. fall., non possono comportare la sospensione delle procedure esecutive individuali perché determinerebbero l'introduzione in via anticipata di effetti tipici della sentenza di fallimento quale l'improcedibilità delle azioni e che invece il tribunale può ordinare ai creditori di costituire conti correnti dedicati su cui depositare le somme versate dal terzo *debitor debitoris* e la possibilità di disporne previa autorizzazione dello stesso tribunale (Trib. Milano 25 marzo 2010, in *Fallimento*, 2010, 1179 s., con nota critica di MARZOCCHI, *I provvedimenti cautelari nell'istruttoria prefallimentare: i limiti agli effetti anticipatori*, che evidenzia come la soluzione individuata da un lato finisce per comprimere, comunque, i diritti dei creditori e per anticipare gli effetti della sentenza di fallimento di cui all'art. 51 l.fall. - e cioè le conseguenze che il Tribunale in linea di principio intendeva evitare - dall'altro e di conseguenza, si traduce sul piano concreto nella sospensione delle esecuzioni individuali in corso che non potrebbe essere concessa con un provvedimento cautelare atipico in presenza di uno strumento tipico di competenza esclusiva del giudice dell'esecuzione). Sempre in questa logica altra giurisprudenza di merito ha ritenuto ammissibile un provvedimento cautelare, su istanza dello stesso imprenditore, finalizzato alla conservazione in un libretto di deposito, sottoposto al controllo giudiziale, di somme dovute da un terzo debitore ad un creditore dell'imprenditore (Trib. Benevento 1 dicembre 2011, in *Fallimento*, 2012, 715, con nota di BELLÈ, *Nuove frontiere della tutela cautelare prefallimentare*)

⁹⁴ Si è affermato ad esempio che il tribunale può provvedere alla nomina di un custode giudiziario dell'impresa da affiancare all'amministratore (nella fattispecie l'accomandatario di una sas) ed al quale devono essere sottoposte tutte le decisioni di straordinaria amministrazione

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

del concordato preventivo. Non bisogna dimenticare che l'esercizio controllato dell'impresa può rivelarsi preciso interesse del debitore oltre che dei creditori. Potrebbe servire ad esempio a dare tempo e respiro all'imprenditore per avanzare proposte di *soluzione concordataria* della crisi o *accordi di ristrutturazione*⁹⁵ che si fondino proprio sulla continuazione dell'attività economica⁹⁶.

5. Tornando all'osservazione cautelare dell'impresa in crisi, va evidenziato che nel caso in cui il Tribunale intenda disporre l'esercizio provvisorio già nella sentenza dichiarativa di fallimento, come prevede il primo comma dell'art. 104 l. fall., dovrà necessariamente dar luogo al citato monitoraggio invasivo. Una effettiva valutazione *comparativa* da effettuare già in sentenza dei potenziali danni derivanti all'impresa dall'improvvisa interruzione dell'attività e del relativo *pregiudizio dei creditori* ai fini dell'eventuale esercizio provvisorio (art. 104, comma 1, l. fall.), richiede molto di più della mera conoscenza *ex actis* della fattispecie esaminata.

Il provvedimento deve infatti fondarsi sull'analisi combinata di due fattori. Il primo è costituito dalla opportunità di evitare un danno grave (e non più *irreparabile*) non necessariamente ai creditori ma *all'impresa* e per l'effetto a tutti i soggetti che possono conseguentemente riceverne pregiudizio⁹⁷ e quindi è giustificato dalla soddisfazione dell'interesse socio-economico, anche nei casi in cui si concretizza nella gestione in perdita di un'impresa parassitaria⁹⁸. L'ulteriore presupposto impone di

sino alla conclusione del procedimento per dichiarazione di fallimento (Trib. Bologna 10 maggio 2010 – Est. Guernelli, in www.ilcaso.it).

⁹⁵ E' questo il caso preso in considerazione da Trib. Vibo Valentia 19 marzo 2010, in www.ilcaso.it

⁹⁶ Fermo restando che la funzione dei provvedimenti *ex art. 15* comma 8, l. fall., è quella di assicurare la temporanea conservazione del patrimonio dell'impresa in vista del fallimento o del rigetto della relativa istanza e non per «anticipare *extra ordinem* gli effetti conservativi connessi alla instaurazione di altre procedure concorsuali "minori", peraltro ricondotti dalle norme di legge specifiche ad altri specifici incombenti» (Trib. Monza 20 novembre 2009, rel. Rolfi, in *Dir. fall.*, 2011, II, 324 s. con nota di CORDOPATRI).

⁹⁷ L'impresa costituisce infatti il punto di riferimento e di saldatura in cui confluiscono gli interessi di tutti coloro che *si muovono* nel suo ambito: l'imprenditore, i lavoratori, i terzi in generale ed i creditori in particolare. Si tratta di interessi diversi, spesso contrastanti, che tuttavia si compongono al fine di perseguire l'interesse oggettivo dell'impresa: il suo fisiologico inserimento nel *mercato*, interesse idoneo a sua volta ad appagare gli obiettivi individuali.

⁹⁸ Non possono trascurarsi gli effetti dannosi che si produrrebbero a carico dei creditori in conseguenza di tale scelta ed il carattere irreversibile dell'interruzione drastica dell'attività d'impresa (FIENGO, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, Napoli, 2009, 51).

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

verificare che la continuazione “*non arrechi pregiudizio ai creditori*” e di farlo in modo specifico.

Il primo riferimento è dato dalla sussistenza di un danno grave, cioè *effettivo* (e non di un mero pericolo di danno) e *rilevante* in termini quantitativi e qualitativi, ma non più irreparabile nel senso di determinante un pregiudizio irreversibile; danno grave che può essere riferito anche ad elementi estranei all'interesse creditorio ma collegati ad esigenze generali di natura socio-economica date dalla particolarità del servizio o prodotto offerto. Il danno, ancora, potrebbe ricadere sulla stessa esistenza dell'azienda od ancora consistere in una diminuzione del valore aziendale collegato, ad esempio, alla perdita di quote di mercato. Infine non può escludersi che il pregiudizio rilevante e significativo potrebbe colpire anche il fallito che evidentemente ha interesse all'integrità del valore dell'impresa.

Il presupposto in esame è *necessario ma non sufficiente* in quanto il *danno grave* va temperato con l'interesse dei creditori i quali “non devono essere pregiudicati” anche se ad esempio si incide su interessi diffusi (si pensi alla cessazione di un servizio pubblico essenziale)⁹⁹. Per creditori inoltre non si intende solo il ceto in senso lato, ma anche una categoria o, in taluni casi, persino un singolo.

Il confronto, poi, involge riferimenti non eminentemente quantitativi visto che l'interesse dei creditori ha diversi modi di manifestarsi potendo contenere anche una componente sensibile alla continuazione del rapporto con l'impresa, come ad esempio accade per i lavoratori.

E' chiaro, però, che la prima analisi è di ordine quantitativo. A tal fine il Tribunale deve analizzare tre risultati che poi vanno tra loro confrontati.

In tema cfr. pure BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, 70; STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007 (secondo cui, salvo che al momento del fallimento non sia già chiaro che la continuazione danneggi i creditori, è opportuno conservare l'impresa fino a quando possa essere assunta una decisione informata e ponderata. Va soppesato il danno irreversibile di una interruzione per imprese con elevati investimenti in ricerca e sviluppo per le quali la perdita anche di pochi clienti o di personale-chiave può significare la dispersione dell'intero patrimonio, oppure l'effetto distruttivo per la reputazione di una compagnia aerea che lasci a terra i passeggeri).

⁹⁹ SANDULLI, *Art. 104*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di NIGRO e SANDULLI, Torino, 2006, T. II, p. 605, il quale evidenzia come la prosecuzione in sede fallimentare dell'attività di pubblici servizi di linea, di erogazione del gas o di energia non possa giustificarsi laddove arrechi pregiudizio ai creditori (e richiama sulla possibilità contemplata nel modello precedente ANDOLINA, *op. cit.*, 182; RIVOLTA, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, 123; CAVALAGLIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (profili funzionali)*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 234

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

Il primo dato da verificare è quanto si stima possa trarsi dalla vendita della azienda a cui si associ l'esercizio provvisorio, al netto delle variazioni finanziarie generate dalla continuazione stessa¹⁰⁰.

Il secondo dato è costituito dal valore che prevedibilmente si stima possa essere ottenuto dalla vendita dell'azienda alla quale non si associ l'esercizio provvisorio.

Il terzo dato è costituito dal valore che si stima possa trarsi dalla vendita dei singoli beni. *Nulla quaestio*, nell'ipotesi in cui il primo dato offra una prospettiva verosimilmente migliore di quella desumibile dagli altri due dati: in tal caso l'esercizio provvisorio potrà essere senz'altro disposto, visto che i creditori hanno addirittura un vantaggio *quantitativo*.

Stesso discorso vale nel caso in cui il realizzo prevedibile da ciascuna delle ipotesi di liquidazione dell'attivo sia sostanzialmente uguale. In questo caso sussiste la condizione minima in quanto l'esercizio provvisorio non reca pregiudizio ai creditori per i quali si verifica una *indifferenza quantitativa*, coerente con la linea tracciata dall'art. 105 l.fall..

Diversa è l'ipotesi in cui il realizzo prevedibile (esposto sopra come primo dato) sia inferiore alternativamente a quanto possa risultare dal secondo o terzo dato. In questo caso si determina un pregiudizio quantitativo per i creditori. Sicché l'esercizio provvisorio andrebbe escluso salvo che non si riesca a recuperare lo svantaggio quantitativo attraverso un'analisi dei vantaggi qualitativi assunti dai creditori stessi. Si pensi al valore aggiunto che, per i dipendenti, assume la prosecuzione del rapporto di lavoro rispetto alla prospettiva di ricevere, nell'immediato, una maggiore soddisfazione in termini di pagamenti degli stipendi arretrati come offerta dall'alienazione dei singoli beni.

E' chiaro che questo tipo di valutazione involge analisi complesse, molto difficili da fare per il Tribunale in sede di dichiarazione di insolvenza laddove non ci sia stata una istruttoria *invasiva*. Tant'è che una recente giurisprudenza di merito è arrivata a ritenere, per ovviare alle oggettive necessità delineate, che con la sentenza di fallimento non si estingua il potere di autorizzazione ufficiosa del Tribunale (di cui al primo comma dell'art. 104 l. fall.) dell'esercizio provvisorio laddove il *danno grave* non sia stato prima rappresentato e valutato, e che l'espressione "successivamente" non può

¹⁰⁰ In altri termini, il mercato potrebbe essere disposto a corrispondere un valore differente per l'ipotesi in cui venga esercitata l'attività economica ovvero la stessa potrebbe essere elemento indispensabile affinché l'azienda rimanga in vita. Il valore deve essere, però, analizzato in termini di risultati netti visto che potrebbe essere mortificato o amplificato (anche se l'ipotesi è più rara) dai risultati finanziari dell'esercizio provvisorio, sicché deve stimarsi anche tale prospettiva.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

consentire una interpretazione letterale riduttiva per cui il danno all'impresa sarebbe superato ed assorbito dall'interesse del solo ceto creditorio¹⁰¹.

Invero, per addivenire ad una quantificazione dei dati utili ad impostare la valutazione *comparativa*, il Tribunale può ricorrere a consulenti che formulino previsioni in merito ai valori ottenibili dalle diverse ed astratte ipotesi liquidatorie, o elaborino piani economici in caso di continuazione dell'impresa. Utili spunti potrebbero giungere dalle consulenze di parte, laddove ad esempio lo stesso creditore e/o il debitore predispongano piani di continuazione suffragati da comparazioni quantitative e qualitative.

Rilevante all'uopo è la *situazione patrimoniale economica e finanziaria* nella quale, come si è visto, vengono pianificate anche le esigenze finanziarie sottese alla continuazione in modo da potersi confrontare l'utilità finanziaria derivante dalla possibile alienazione dell'azienda con il decremento determinato dal suo fabbisogno finanziario e con le possibilità di soddisfare, in predeuzione, i "crediti sorti durante l'esercizio provvisorio" (cfr art. 104, comma 9, l. fall.) cui far fronte mediante autofinanziamento¹⁰².

¹⁰¹ Trib. Bologna 14 agosto 2009, in *www.il caso.it*, secondo cui una interpretazione sistematica della dinamica temporale delineata dalla successione tra primo e secondo comma deve superare il letteralismo riduttivo insito in una immotivata accentuazione del livello normativo della stessa successione temporale, in quanto contraria a ragionevolezza, elevata dalla Suprema Corte a criterio guida dell'interpretazione costituzionalmente orientata. Per i giudici felsinei non si vedrebbe perché il danno grave (nei limiti del non pregiudizio per il ceto creditorio) debba essere oggetto di considerazione da parte del Tribunale all'atto della sentenza dichiarativa di fallimento, per vanificarsi nell'attimo immediatamente successivo "sebbene non sia stato rappresentato e valutato dal Tribunale, per ritenersi in un così breve lasso di tempo ("successivamente") superato ed assorbito dall'interesse del solo ceto creditorio sotteso alla liquidazione dei beni, quand'anche tale interesse non sia ancora in grado di assumere la consapevolezza insita nella determinazione degli *assets* e dei beni, delle modalità incentrate nel programma di liquidazione". In realtà il Tribunale di Bologna individua bene il problema ma offre, a nostro avviso, una soluzione giuridica non condivisibile. L'impostazione apre, infatti, ad una indiscriminata possibilità per il Tribunale di sostituirsi sempre, in qualsiasi fase della procedura, al giudice delegato nel disporre l'esercizio provvisorio alle condizioni di cui al comma 1 dell'art. 104 l. fall., e non a quelle di cui al comma 2. E' come se i giudici avessero detto "il fine giustifica i mezzi", ma in questo caso peraltro il mezzo c'è, ed è, come visto, una istruttoria fallimentare invasiva.

¹⁰² Del pari utili riferimenti cognitivi potrebbero emergere, come anticipato, dalla esecuzione di provvedimenti cautelari emessi in sede di istruttoria prefallimentare nella ipotesi, ad esempio, di emissione di un provvedimento diretto a garantire la gestione in capo a soggetti qualificati diversi dall'imprenditore.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

L'analisi dei presupposti di *fattibilità* dell'esercizio provvisorio costituisce anche il punto di partenza per la determinazione del contenuto e dell'ambito dell'esercizio stesso. Difatti, il provvedimento con il quale viene disposto non può limitarsi a sancire la mera continuazione, ma deve prevedere anche le determinazioni necessarie per il raggiungimento delle condizioni che lo hanno generato e che devono permanere. In questa ottica le possibilità di scelta sono ampie e si sostanziano in tutte quelle decisioni che si ritengano *funzionali* a mantenere viva l'*utilità*, nei termini sopra detti, della gestione sostitutiva¹⁰³.

Appare evidente che il modo migliore per valutare "dall'interno" l'impresa è disporne lo spossessamento cautelare sulla base delle disposizioni di cui all'art. 15, l.fall, comma 8, l. fall.

Infatti, il più drastico ed invasivo dei provvedimenti può essere quello diretto a privare l'imprenditore (individuale o collettivo) del potere di gestione dell'impresa (in modo da dissociarlo in capo al soggetto nominato dal Tribunale) ferma restando l'imputazione al debitore, attuando in via cautelare *una forma di esercizio provvisorio "anticipato"* cui dare adeguata pubblicità commerciale¹⁰⁴ e previa verifica dei necessari presupposti previsti dall'art. 104, comma 1, l. fall,¹⁰⁵. In particolare il Tribunale dovrà effettuare, anche in sede cautelare, la detta valutazione *comparativa* tra i potenziali danni derivanti all'impresa e del *pregiudizio dei creditori*.

¹⁰³ Una prima possibilità è la nomina a curatore di un soggetto che abbia comprovate capacità manageriali idonee a realizzare l'esecuzione del piano di continuazione già elaborato in sede di istruttoria prefallimentare ovvero da elaborarsi secondo le direttive del Tribunale. In questo modo, impartendo al curatore direttive già disegnate in un piano, si ridimensiona anche il problema dei poteri attribuibili nella gestione dell'attività di impresa, che vanno predeterminati in funzione della necessità di ottenere risultati finanziari minimi che evitino pregiudizi ai creditori (art. 28 lett. c, l. fall.). Si tenga conto che comunque il curatore è abilitato a farsi coadiuvare nella gestione dell'impresa da collaboratori, o se del caso, da *managers* (in tal senso già RIVOLTA, *L'esercizio cit.*, 338).

¹⁰⁴ Titolarità è comunque concetto diverso e da imputazione e da capacità all'esercizio dell'impresa. È concetto diverso da imputazione, nel senso che il primo è concetto formale e il secondo no. Non sono nozioni assolutamente coincidenti, perché, pur rappresentando la normalità la confluenza della titolarità e dell'imputazione in capo alla medesima persona, si può essere titolari dell'impresa e non essere l'unico soggetto cui è imputabile l'attività d'impresa. In altri termini, il titolare è sempre anche soggetto dell'imputazione, mentre non necessariamente colui cui può essere imputata l'attività d'impresa è sempre e solo il titolare dell'impresa stessa" (così BUONOCORE, *Il «nuovo» testo dell'art. 2112 del codice civile e il trasferimento di un ramo di azienda*, in *Giur. comm.*, II, 2003, p. 316).

¹⁰⁵ Cfr. già FIMMANÒ, *Prove tecniche*, cit., 776; ID., *Sub Art. 104*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di JORIO, Tomo II, Bologna, 2006, 1582 s.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

Il nostro ordinamento vive già, nell'ambito della disciplina del diritto commerciale, la scissione tra impresa, imprenditore e colui che possiede i poteri gestori. Sicché non si tratta di un "corpo estraneo" ma solo di un sistema atipico di modulazione del rapporto tra impresa, imprenditore e gestore dell'attività. Al riguardo, argomentazioni possono essere tratte dagli esempi dell'instatore o della gestione dell'attività economica dell'incapace o dalle vicende riguardanti il sequestro *giudiziario* dell'azienda¹⁰⁶.

In particolare, nell'impresa commerciale dell'incapace si vive la stessa necessità conservativa ed anche qui l'imputazione dell'attività è in capo all'incapace. Nel sequestro di azienda, viene premessa la possibilità, a norma dell'art. 676 c.p.c., per il giudice di assumere specifiche decisioni per l'esercizio di impresa, senza peraltro

¹⁰⁶ E' viceversa da ritenersi inammissibile il sequestro conservativo dell'azienda, visto che l'unica norma di carattere processuale che prende espressamente in considerazione l'azienda come entità unitaria è l'art. 670, n.1, c.p.c., che contempla il sequestro giudiziario "di beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni quando ne è controversa la proprietà o il possesso ed è opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea" (Cass., 24 settembre 2009, n. 20544, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 40; Cass., 21 gennaio 2004, n. 877, in *Giur. it.*, 2004, 1358; RICCI, *La tutela cautelare nelle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 707). Nell'art. 671, c.p.c., riguardante il sequestro conservativo, non v'è alcuna previsione concemente l'azienda. D'altra parte tale misura è una vera e propria anticipazione del pignoramento ed è destinato a convertirsi in pignoramento con la conferma del provvedimento ed in seguito alla decisione di merito favorevole al sequestrante (cfr. al riguardo Trib. Civitavecchia, 18 luglio 2008, inedita; Trib. Pisa, 20 aprile 1994, in *Giust. civ.*, 1994, 3305 con nota di JACCHERI *Sequestro conservativo d'azienda e, in subordine, dei singoli beni*; ZUCCALÀ, *La vexata quaestio del sequestro conservativo d'azienda*, in *Il foro pad.*, 2005, 451; LICCARDO, *Sequestro di azienda e custodia giudiziaria: profili ricostruttivi*, in *www.csm.it*; PISELLI, *Non assoggettabilità a sequestro dell'azienda*, in *Il foro toscano*, 1999, 18. Il sequestro giudiziario, come misura cautelare strumentale rispetto alla decisione di merito, ha lo scopo di conservare il bene controverso al fine di evitare il suo deterioramento e perciò può essere considerato una forma di amministrazione giudiziaria. Evidentemente, in caso di sequestro dell'azienda, il giudice dovrà autorizzare il custode a conservarla in modo dinamico, considerato che a differenza di altri beni, questa esige, per rimanere in vita, come si è visto, un'attività di coordinamento, di organizzazione e soprattutto di gestione. Tuttavia, a differenza di quanto accade in ipotesi di fallimento, l'azienda sottoposta a sequestro giudiziario rimane nella completa titolarità dell'imprenditore in quanto il provvedimento non produce alcun mutamento del centro di imputazione dei rapporti giuridici.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

tipizzare *a priori* la gamma dei possibili interventi nella gestione che la norma presuppone¹⁰⁷.

A tutela dell'attività di impresa il Tribunale può quindi organizzare, nell'ambito delle sue prerogative, una misura nella quale coniugare conservazione dell'attività e potere di gestione, più o meno dissociato, da attribuire ad ausiliari del giudice, sul modello del sequestro giudiziario¹⁰⁸. Si tratta di un intervento certamente delicato e da realizzare con prudenza, ma che può assumere rilievo in quanto teso ad evitare dispersioni di valori e disgregazioni¹⁰⁹.

Si badi bene che deve comunque trattarsi di provvedimenti che riguardino *l'impresa e non l'imprenditore*: quindi è legittimo anticipare lo spossessamento per garantire l'esercizio controllato dell'attività mediante un commissario, un curatore speciale od un custode giudiziario dell'azienda¹¹⁰, ma viceversa non è assolutamente ammissibile, a nostro avviso, nominare *un amministratore giudiziario della società*, o del soggetto di diritto¹¹¹, in applicazione analogica od estensiva del procedimento di cui

¹⁰⁷ CANTILLO – SANTANGELI, *Il sequestro nel processo civile*, Milano 2003, 255 nota 65; GABRIELI, *Brevi note in tema di sequestro giudiziario di azienda e di nomina di un amministratore giudiziario nelle società*, in *Riv.dir.impr.*, 1990,175.

¹⁰⁸ Trib. Verona 21 maggio 2008, cit. (in cui ha affidato al custode gli stessi poteri dell'organo amministrativo e in sua sostituzione).

¹⁰⁹ Sul tema cfr. I. PAGNI, *La tutela cautelare del patrimonio e dell'impresa nell'art. 15 l. fall. alla luce della novità della L. 7 agosto 2012, n. 134*, in "Diritto delle Imprese in crisi e tutela cautelare" cit., 79 s.; M. FABIANI, *Tutela cautelare e amministrazione dell'impresa nel processo di fallimento*, *ibidem*, 101 s.; R. BELLÈ, *Sequestri prefallimentari, sequestri penali e gestione giudiziale della crisi di impresa anche alla luce delle "misure urgenti per la crescita del paese"*, 135 s.; S. DE MATTEIS, *L'effettività della tutela cautelare nel processo di fallimento*, 157 s.

¹¹⁰ In senso conforme: GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011; 54; VITIELLO, *I presupposti del fallimento*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Torino, 2008, 22; D'ORAZIO, *op.cit.*, 96; FERRO, *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari patrimoniali*, cit., 30. La particolare innovatività della misura sembra essere quella di attribuzione al custode-amministratore di poteri analoghi a quelli del curatore provvisorio e cioè di un soggetto che sia posto nelle condizioni di gestire l'impresa insolvente non tanto e non solo in funzione protettiva o per una liquidazione controllata, quanto piuttosto in funzione di poter governare la crisi anche con gli strumenti della autonomia negoziale (FABIANI, *Contratto e processo cit.*, 63).

¹¹¹ Cfr. già FIMMANÒ, *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali e gestione riallocativa dell'impresa fallita*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di JORIO-FABIANI, Bologna-Torino, 2010, 485. Successivamente nello stesso senso BELLÈ, *op. cit.*, 13 (che

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

all'art. 2409 c.c. (che è norma eccezionale), come ha invece ritenuto una parte della giurisprudenza¹¹², in quanto significherebbe sostituirlo all'imprenditore, senza la descritta scissione tra titolarità ed imputazione..

L'attività del custode/commissario, così come quella del curatore fallimentare, non può incidere formalmente sulla società-persona giuridica, né sulla sua "proprietà" e la sua organizzazione; se pure possa determinarne in deroga alla disciplina societaria comune (artt. 2437, 2473 e 2479 c.c.) lo svuotamento e la modifica sostanziale dell'oggetto sociale, finalizzati nella fattispecie alla continuazione indiretta dell'impresa.

L'errore concettuale di confondere il custode giudiziario dell'azienda¹¹³ od il commissario/ispettore giudiziale dell'impresa con l'amministratore giudiziario/legale

correttamente osserva. dal punto di vista della correlazione tra cautela e merito, come nè la sentenza di fallimento, nè eventuali atti posti in essere dal curatore in base ad essa, sono in grado di determinare la rimozione degli organi societari o la loro sostituzione. Tale sostituzione coattiva è prevista dall'ordinamento solo nell'ipotesi, diversa da quella in esame, di cui all'art. 2409 c.c. oppure, per le s.r.l., dall'art. 2476 c.c. e, per le società di persone, dall'art. 2259, ultimo comma, c.c.).

¹¹² Si è ritenuto che il provvedimento interinale potrebbe avere il contenuto più vario, fino alla sostituzione dell'imprenditore con un amministratore di tipo giudiziale sulla base di una "affinità concettuale" con l'art. 2409 c.c. inertizzando temporaneamente la figura dell'amministratore (così Trib. Monza, 11 febbraio 2009, in *Fallimento*, 2009, 854, con nota di FERRO, *La revoca cit.*; in *Dir. fall.*, 2009, II, 345, con nota di INZITARI, *Sostituzione cautelare dell'amministratore per l'istruttoria prefallimentare ex art. 15, penultimo comma, legge fallimentare*; in *Giur. comm.* 2010, II, 496, con nota di GHIGNONE). Nella medesima linea Trib. Napoli, 23 giugno 2009, rel. Dongiacomo, in www.ilcaso.it (che revoca tutti i componenti del consiglio di amministrazione in carica e designa un amministratore giudiziario, cui attribuisce, in funzione della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio aziendale e della sua capacità produttiva, tutti i poteri di gestione e di amministrazione ordinaria e, con l'autorizzazione del collegio, di amministrazione straordinaria della società resistente e della sua impresa, con il compito di riferire al tribunale sull'attività svolta e i relativi risultati ogni sette giorni); Trib. Latina, 10 dicembre 2009, rel. Marcelli, in www.ilcaso.it (che addirittura nell'ambito di un procedimento per la revoca di un concordato preventivo, ex art. 173 l. fall., sulla base di un ricorso di fallimento presentato dal P.M. dopo l'ammissione alla procedura, ha sostituito il liquidatore volontario della società con uno giudiziale fino alla conclusione del procedimento di revoca). Sempre nello stesso senso Trib. Prato, 4 febbraio 2011, cit. 341; Trib. Prato, 23 marzo 2011, in www.ilcaso.it (che hanno sospeso gli amministratori in carica); Trib. Terni, 13 aprile 2011, in www.ilcaso.it. *Contra* Trib. Ancona, 20 ottobre 2009, in www.osservatorio-oci.org,

¹¹³ Correttamente una certa giurisprudenza ha rilevato che "nell'ambito dei provvedimenti cautelari o conservativi previsti dall'articolo 15, comma 8, legge fallimentare, il tribunale può

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

rappresentante della società, è divenuto in realtà ricorrente, persino nella legislazione di settori diversi dal diritto commerciale¹¹⁴. Per questa ragione tale errore va segnalato con forza al fine di evitare che si consolidi a valle una prassi giurisprudenziale destinata a produrre provvedimenti assai opinabili¹¹⁵. E' una questione che si è posta anche in sede di sequestro penale *ex art. 321 c.p.p.*¹¹⁶, che è stato talora utilizzato, in alternativa ai provvedimenti *ex art. 15 comma 8, l. fall.*, in funzione preventiva rispetto a reati fallimentari, per i quali la dichiarazione di insolvenza è condizione di procedibilità¹¹⁷. Come vedremo più avanti, la necessità di distinguere i diversi piani ed i diversi

disporre il sequestro giudiziario dell'azienda, nominare il custode giudiziario e conferire altresì a quest'ultimo il potere di compiere gli atti di gestione che spettano all'organo amministrativo; il provvedimento di nomina del custode con la descrizione dei poteri a lui conferiti dovrà essere iscritto nel registro delle imprese" (Tribunale Novara, 29 aprile 2011, in www.ilcaso.it).

¹¹⁴ Ciò è stato, ad esempio, correttamente eccepito con riferimento al nuovo istituto del "congelamento" (d. lgs. 22 giugno 2007, n. 109 contenente "*Misure per prevenire contrastare e reprimere il finanziamento del terrorismo e l'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale, in attuazione della direttiva 2005/60/CE*"), cioè del provvedimento di carattere amministrativo che, per finalità di lotta al finanziamento del terrorismo, comporta il divieto di utilizzazione e di disposizione di beni e risorse economiche (BASSI, *Il "congelamento" di imprese, aziende e società*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 208, che evidenzia come il congelamento sia stato previsto, senza eccessivi approfondimenti, con riferimento sia ad imprese *ex art. 11 co. 2*, sia ad aziende *ex art. 12 co. 3*, sia a società *ex art. 11 co. 2*, e che l'utilizzo di questa terminologia atecnica ripropone tutti gli interrogativi ancora irrisolti, che si agitano sul terreno dei provvedimenti di sequestro e confisca previsti ed applicati con riferimento ai beni e risorse della criminalità organizzata. Anche per il congelamento si porrà la necessità di distinguere tra provvedimenti che riguardano l'intero organismo produttivo, e provvedimenti destinati ad incidere, viceversa, sulle partecipazioni all'organismo produttivo. In particolare, mentre il sequestro, e oggi il congelamento di società, è espressione polivalente, che potrebbe avere diversi significati pratici, il congelamento di azienda appare invece un istituto dotato di significato più specifico. Il congelamento, come il sequestro, riferito alla intera azienda dovrebbe comportare la impossibilità e il divieto di esercizio della attività di impresa; mentre invece, in caso di società, che non abbiano oggetto direttamente illecito, gli interventi del legislatore tendono solo a separare l'impresa dalla proprietà).

¹¹⁵ Esprime preoccupazioni in ordine alle relazioni fra gestione dell'impresa e della società anche FERRO, *Sub art. 15*, cit., 123, pur in un contesto in cui si riconosce la possibilità di nominare un mandatario che agisca secondo le direttive del tribunale.

¹¹⁶ Cfr. al riguardo Trib. Napoli, 6 agosto 2009, in www.ilcaso.it.

¹¹⁷ E' la situazione rappresentata in Trib. Chieti, 16 febbraio 2010, in cui in un ricorso di fallimento del PM la società debitrice era rappresentata da un amministratore giudiziario penale nominato dal Gip su richiesta del PM.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

fenomeni, anche nella interpretazione della lettera (talora atecnica ed approssimativa) di norme civili, penali, amministrative e fallimentari, risponde all'esigenza di tutela di diritti fondamentali della parte (a cominciare dal diritto di difesa).

Al riguardo dovrebbe essere quasi superfluo precisare che l'imprenditore è il *soggetto* che esercita l'attività economica organizzata per produrre beni e servizi per il mercato (art. 2082 c.c.), l'*impresa* è tale attività economica, la *società* è il soggetto (persona giuridica se di capitali) imprenditore collettivo che esercita l'attività. Lo strumento per esercitare l'attività d'impresa è l'*azienda* (art. 2555) che non è l'imprenditore individuale o collettivo, non è la società, non è l'impresa, ma è un bene complesso, ossia il complesso dei beni e dei rapporti utilizzati dall'imprenditore individuale o dalla *società* per l'esercizio dell'impresa¹¹⁸.

Fin dalla *taberna* di diritto romano (antesignano storico) e ripercorrendo l'elaborazione dottrinale in tema di azienda, che ha impegnato per lustri la dottrina¹¹⁹, si è affermato che l'azienda è qualificabile come una pluralità di beni unificati dalla unitaria destinazione produttiva, ed in quanto tale, oggetto di rapporti di diritto pubblico e di diritto privato. Si badi bene *oggetto e non soggetto* come è invece l'imprenditore individuale o l'imprenditore collettivo, come la società, che è soggetto autonomo di diritto e, quando società di capitali, vera e propria persona giuridica.

Il soggetto di diritto essendo soggetto, non può essere esso stesso l'oggetto dello spossessamento, del sequestro, della vendita o dell'espropriazione (a differenza dei beni e dei rapporti che ne costituiscono il patrimonio) e pertanto il provvedimento cautelare

¹¹⁸ Nella *Ley concursal* spagnola, il richiamo alle misure cautelari della *Ley de enjuiciamiento civil* consente la nomina, ex art. 727 n. 2 di un amministratore [giudiziario] di beni produttivi. Il § 22 della *Insolvenzordnung* tedesca contempla la nomina di un curatore provvisorio con il compito di adottare misure conservative sul patrimonio del debitore, continuare l'esercizio dell'impresa, valutare l'opportunità di dichiarare aperto il procedimento di insolvenza (al riguardo FABIANI, *Contratto e processo cit.*, 61; DE SANTIS, *Il processo di primo grado e le misure cautelari*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, a cura di A. Jorio, Bologna, 2010, 82)

¹¹⁹ I primi riferimenti all'azienda o meglio alla c.d. *taberna* si ritrovano addirittura in diritto romano, dopo di che bisogna aspettare sino alla metà del XIX secolo e lo sviluppo del capitalismo industriale e commerciale per trovare nuove elaborazioni in materia. Le teorie formulate nell'ultimo secolo sulla natura giuridica dell'azienda sono numerosissime, tuttavia è possibile raggrupparle in alcune concezioni principali (al riguardo COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, vol. III, Padova, 1979, p. 5 s.; e per una esposizione delle diverse teorie prima e dopo il codice del 1942, VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, p. 32 s., e ROTONDI, *Trattato di diritto dell'industria*, I, Padova, 1929, p. 32 s.).

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

non può riguardare la sostituzione dell'imprenditore e quindi la *governance* della società ma tutt'al più la gestione dell'impresa¹²⁰, se non ancora meglio dell'azienda¹²¹.

A voler applicare (erroneamente) il modello della sostituzione gestoria del soggetto titolare dell'impresa a norma, od a guisa, dell'art. 2409 c.c., si creerebbe peraltro una disparità tra impresa individuale ed impresa collettiva: all'imprenditore non potrebbe che applicarsi la tecnica dello spossessamento, visto che un amministratore giudiziario non può certo sostituirsi fisicamente al titolare dell'attività economica (salvo improbabili *metempsicosi*)¹²² ed invece in caso di società si verificherebbe una sostituzione dell'amministratore e legale rappresentante del soggetto di diritto.

Per finire è decisivo rilevare, sul *piano processuale*, l'inammissibilità di un provvedimento cautelare che produca l'anticipazione di effetti costitutivi che *neppure la sentenza definitiva*, da emettere in quel procedimento, sia in grado di produrre¹²³ o che

¹²⁰ Autorevole dottrina proprio al fine di evitare confusioni concettuali e terminologiche ha criticato la formulazione dell'ottavo comma dell'art. 15 l. fall. nella parte in cui fa riferimento all'impresa, invece che, più correttamente all'azienda (PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di OLIVIERI-PISCITELLO, Napoli, 2007, 11)

¹²¹ Nello stesso senso ampiamente FABIANI, *Contratto e processo cit.*, 62 (secondo cui la soluzione percorribile è la nomina di un custode dell'azienda (o dell'impresa) o di un amministratore giudiziario se del caso con l'attribuzione dei poteri del curatore provvisorio tedesco o dell'*administrator* della procedura inglese di *administration*); FERRO, *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari patrimoniali*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di FABIANI e PATTI, Milano 2006, 30 parla invece di "curatore speciale". Sul tema dell'affidamento dell'amministrazione dell'impresa ad un terzo, cfr. anche FABIANI, *Le misure cautelari cit.*, 53 (che prospetta tanto la designazione di un custode giudiziario dell'impresa che possa stipulare un contratto di affitto d'azienda, allo scopo di evitare un aggravamento delle passività nel regime di continuità imprenditoriale, quanto il semplice affidamento ad un custode o ad un esperto dell'incarico di 'stabilizzare' le passività, in funzione di agevolare gli scenari che si possono aprire dopo il fallimento).

¹²² Si è opportunamente evidenziato che l'amministratore giudiziario non potrebbe mai sostituirsi al debitore con riferimento a tutti i rapporti, posto che residuerebbero quelli di natura personale (art. 46 l.fall.) Se l'amministratore viene stato revocato a tutti gli effetti il destinatario del procedimento per dichiarazione di fallimento diviene l'amministratore giudiziario con l'effetto, paradossale, che prima del fallimento il processo dovrebbe proseguire nei confronti dell'amministratore giudiziario e poi una volta dichiarato il fallimento, tutti i residui effetti personali dovrebbero gravare sul soggetto nominato dal tribunale (FABIANI, *Tutela cautelare e rapporti fra imprenditore e amministratore giudiziario dell'impresa, cit.*).

¹²³ Si è detto che deve trattarsi di provvedimenti, anticipatori o conservativi, strumentali rispetto alla sentenza dichiarativa di fallimento e che quindi non possono avere effetti anticipatori o

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

comunque sia propedeutico ad anticipare gli effetti di altro tipo di procedura (ad esempio il concordato preventivo)¹²⁴. L'art. 2908, c.c., sancisce inequivocabilmente che solo "nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa".

Infatti, la dichiarazione di fallimento non determina, né è in grado di determinare, la modificazione del contratto di società o la sostituzione degli organi della persona giuridica, la quale rimane in vita e viene semplicemente spossessata del patrimonio. Il curatore fallimentare non è certamente il legale rappresentante della società fallita, né il suo nuovo amministratore¹²⁵.

conservativi ulteriori rispetto a quelli prodotti da tale sentenza (CELENTANO, *Il procedimento cit.*, 140). La misura cautelare serve ad assicurare l'utilità effettiva della decisione di merito e pertanto il contenuto della misura non può, mai, sopravanzare il contenuto del provvedimento di merito (LONGO, *Del procedimento cautelare, in I procedimenti in materia commerciale*, a cura di Costantino, Padova, 2005,447).

¹²⁴ Trib. Monza 20 novembre 2009, cit., afferma correttamente l'inammissibilità di tali misure per anticipare *extra ordinem* gli effetti conservativi connessi alla instaurazione di altre procedure concorsuali "minori", peraltro ricondotti dalle norme di legge specifiche (ad esempio, nel caso di specie l'art. 168 l. fall.) ad altri specifici incombenti. Nello stesso senso Trib. Biella, 9 ottobre 2009, in *www.ilcaso.it*, che a fronte della richiesta di affiancare al liquidatore di una società che aveva presentato domanda di concordato preventivo un custode-coadiuvante per gli atti di straordinaria amministrazione, ha statuito che il disposto dell'art. 15 comma 8, l. fall., non è applicabile in via analogica al procedimento per concordato preventivo (in particolare si è rilevato che mentre l'istanza di fallimento può essere presentata anche dai creditori e dal PM, che possono chiedere l'adozione di cautele, ciò non avviene nella fase della procedura di concordato che si avvia e si conclude su impulso esclusivo del debitore che vuole avvalersi del beneficio concessogli dalla legge). In senso opposto e in modo per niente condivisibile, come visto, Trib. Latina 10 dicembre 2009, cit.

¹²⁵ In tal senso già FIMMANÒ, *L'esercizio provvisorio «anticipato» dell'impresa «fallenda» tra spossessamento cautelare dell'azienda e amministrazione giudiziaria della società*, in *www.ilcaso.it* e in *Nds*, 2010, n. 8, 29; ID., *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali*, cit., 484 s.. Si è rilevato che ogni forma di anticipazione della gestione sostitutiva fallimentare, anche con modalità diverse dal tipico esercizio provvisorio, riguarderebbe effetti che non sono «automatici» dello spossessamento e quindi della sentenza dichiarativa di fallimento, ma ulteriori e diversi, in quanto riconducibili ad attività, iniziative e scelte valutative che rientrano nell'esclusiva competenza degli organi fallimentari e che vanno esercitate secondo le regole, i controlli ed i limiti previsti dalla legge fallimentare. L'anticipazione dell'esercizio provvisorio dovrebbe necessariamente presupporre un'adeguata valutazione prognostica circa la necessità di disporre la continuazione dell'attività di impresa con la sentenza di fallimento, e, di conseguenza, una delibazione congruamente motivata, seppur nei limiti consentiti dalla cognizione sommaria propria di tale procedimento, delle

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

Se è così a maggior ragione è inammissibile che ciò possa avvenire addirittura prima del fallimento in virtù di un provvedimento cautelare che nomini una sorta di curatore provvisorio¹²⁶, in assenza di una espressa norma che incida sull'organizzazione corporativa, come avviene espressamente con l'art. 2409 c.c.¹²⁷.

6. La possibilità di emettere provvedimenti atipici, e non codificati, non vuol dire assoluta libertà di determinazione degli stessi ad opera del tribunale che viceversa deve (evidentemente) rispettare i principi generali del diritto sostanziale e processuale. La giurisprudenza che ha coniato il modello della nomina dell'amministratore giudiziario della società *ex art. 15 comma 8, l. fall.*, afferma semplicisticamente di richiamare il modello di cui all'art. 2409 c.c., non chiarendo peraltro se si tratti di una applicazione analogica, estensiva o di una mera suggestione evocativa, e senza porsi il problema della legittimità sistematica ed ordinamentale di una operazione del genere¹²⁸.

Anche la norma di cui all'art. 700, c.p.c., consente l'emissione di provvedimenti atipici ed anzi è stata dettata in via residuale proprio per questo, tuttavia nessuno ha mai affermato che la norma consenta di emettere provvedimenti equipollenti a quelli tipici

relative condizioni di ammissibilità (MARZOCCHI, *I provvedimenti cautelari* cit. 1187, secondo cui perciò è più coerente privilegiare una funzione di stampo conservativo, sia per quanto riguarda la tutela del patrimonio, sia dell'impresa o comunque dell'azienda come accade con la misura tradizionale del sequestro).

¹²⁶ Il termine curatore provvisorio è utilizzato dall'art. 38 del Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, sotto la rubrica "provvedimenti conservativi". Allorché, per garantire la conservazione dei beni del debitore, il giudice di uno Stato membro competente ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, nomina un curatore provvisorio al fine di garantire la conservazione dei beni del debitore, tale curatore provvisorio è legittimato a chiedere tutti i provvedimenti conservativi per i beni del debitore che si trovano in un altro Stato membro, previsti dalla legge di detto Stato, per il periodo che separa la richiesta dalla decisione di apertura di una procedura di insolvenza (al riguardo FERRO, *I poteri del giudice delegato*, cit. 1044).

¹²⁷ Si è osservato infatti che in caso di revoca cautelare degli amministratori *ex art. 15 l. fall.*, con la sentenza di fallimento, ed a maggior ragione con il decreto di rigetto del ricorso, vi dovrebbe essere il ripristino pieno della carica sociale, visto che l'istruttoria prefallimentare non ha per oggetto né lo scioglimento della società capitalistica, né la rimozione dei suoi organi sociali e dunque «la misura protettiva orientata alla tutela del patrimonio e dell'azienda, ove tange invece formula imprenditoriale e *governance* societaria, dovrebbe assumere un congegno provvisorio di pubblicizzazione dell'intervento sostitutivo sulla gestione ed al contempo di mera sospensione del funzionamento della carica sociale, resa inerte nei soli limiti di quanto necessario appunto per la predetta tutela» (FERRO, *La revoca* cit., 860).

128

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

ex art. 2409, c.c., Difatti storicamente in caso di irregolarità nella gestione di società di persone la giurisprudenza ha ritenuto applicabile per la revoca degli amministratori l'art. 700 c.p.c., ma non per questo la stessa giurisprudenza ha mai ritenuto plasmabile il modello sul procedimento *ex art. 2409 c.c.* perché altrimenti ciò si sarebbe tradotto nell'inammissibile applicazione analogica o estensiva alle società di persone¹²⁹.

Ciò a cominciare dal fatto che non è ipotizzabile a seguito dell'accoglimento del ricorso per la revoca *ex art. 700, c.p.c.*, la nomina ad opera del tribunale di un amministratore giudiziario¹³⁰, come è inammissibile nel sistema di cui all'art. 2476 comma 2 c.c. per le società a responsabilità limitata (norma coniata dal legislatore della riforma proprio sulla base della prassi giurisprudenziale formatasi in materia di società di persone)¹³¹. Orbene non si vede proprio perché laddove nell'ordinamento è illegittimo nominare un amministratore giudiziario di una società di persone o a responsabilità limitata, dopo aver revocato quello volontario, dovrebbe poi diventare ammissibile farlo sulla base del disposto dell'art. 15, comma 8, l. fall.,.

L'art. 2409 del codice civile contempla insomma misure "societarie" tipiche ed eccezionali¹³² che possono essere rese in virtù di apposito ricorso di specifici soggetti

¹²⁹ Cfr. tra le tante Trib. Torre Annunziata, 21 ottobre 2003, in *Dir. giur.*, 2005, 112; Trib. Padova, 13 luglio 2003, *Giur. comm.*, 2005, II, 662; Trib. Napoli, 26 febbraio 2003, in *Dir. giur.*, 2004, 128; Trib. Napoli, 22 ottobre 2002, in *Giur. mer.*, 2003, 465; Trib. Napoli, 24 maggio 2001, in *Dir. giur.*, 2001, 281; Trib. Biella, 8 gennaio 2001, in *Giur. it.*, 2001, 978; Trib. Cassino, 28 ottobre 2000, in *Società*, 2001, 476; Trib. Vallo Lucania, 14 ottobre 1996, in *Arch. civ.*, 1997, 407; Trib. Perugia, 17 aprile 1996, in *Rass. giur. umbra*, 1996, 641; Trib. Roma, 4 dicembre 1995, in *Giust. civ.* 1996, I, 1819, Trib. Milano, 7 luglio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 114; Trib. Prato, 26 aprile 1995 in *Società*, 1995, 1349. *Contra*: Trib. Padova, 13 luglio 2003 in *Giur. comm.*, 2005, II, 662.

¹³⁰ Cfr. Trib. Napoli, 4 febbraio 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 395; Trib. Milano, 1 luglio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 2330; Pret. Venezia, 20 marzo 1991, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 891; Trib. Napoli, 18 dicembre 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, 580.

¹³¹ Trib. Pescara, 4 ottobre 2007, in *Foro it. Rep.*, 2008, voce *Società*. 828; Trib. Macerata, 27 febbraio 2006, in *Società*, 2007, 58; Trib. Roma, 31 marzo 2004, in *Riv. not.*, 2004, 768 con nota di FAIETA, *Prime osservazioni sulla responsabilità ante causam dell'amministratore di s.r.l.*; NAZZICONE, *sub art. 2409*, in *La riforma del diritto societario. 5 Società per azioni*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, 308; DI AMATO, *sub art. 2476, ibidem*, 8 *Società a responsabilità limitata*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, 207; PAOLUCCI, *La revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 1192; BERNABAI, *sub art. 2476*, in *Commentario dei processi societari*, a cura di Arieta e De Santis, II, Torino, 2007, 1257.

¹³² Il controllo giudiziario è peraltro diretto alla tutela di una crisi di legalità nell'interesse dei soci e della società e non a fronteggiare una crisi d'impresa a tutela della garanzia patrimoniale che il debitore ha offerto ai creditori (PAGNI, *Crisi societarie ed intervento del giudice tra*

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

legittimati ed a seguito di un procedimento camerale che ha natura di volontaria giurisdizione¹³³, a differenza del processo di fallimento che va inquadrato nella giurisdizione contenziosa ove si decide di diritti soggettivi tra parti contrapposte.

La norma in quanto eccezionale non è suscettibile di applicazione analogica ed estensiva a fattispecie, *oggettivamente o soggettivamente*, diverse da quelle espressamente contemplate dal legislatore. Come detto, non può estendersi ai tipi di società diverse da quelle per azioni¹³⁴ e cooperative¹³⁵, escluse anche quelle a responsabilità limitata su cui si è persino pronunciata la Corte costituzionale¹³⁶, oltre alle

revoca dell'amministratore, azioni di responsabilità e forme di tutela dei creditori, in *Studi in onore di Camille Punzi*, Torino 2008, 22)

¹³³ Una consistente parte della giurisprudenza prescinde dalla precisa identificazione dell'interesse sotteso all'art. 2409 c.c., limitandosi a constatare che il legislatore non ha attribuito ai soci la forma di tutela propria delle situazioni giuridiche soggettive sostanziali private. Viene, cioè, tutelato un interesse non esclusivo dei soci attraverso l'eliminazione degli effetti della violazione dei doveri incombenti sugli amministratori e sindaci: semmai, l'interesse tutelato è quello della società. L'ulteriore passaggio è l'identificazione del procedimento camerale con la categoria della "giurisdizione volontaria" (Cass., 19 febbraio 1990 n. 1226, *Società*, 1990, 1036; Cass., 15 febbraio 2001 n. 6365, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 937; Cass., 21 marzo 2007, n. 6805, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 3; App. Firenze, 18 settembre 2001, in *Foro padano* 2002, I, 576; App. Palermo, 22 marzo 2002 e Trib. Trapani, 10 Agosto 2001, in *Società*, 2002, 868, con nota di SALAFIA).

¹³⁴ Sulla natura di norma eccezionale, di stretta interpretazione, e non suscettibile di applicazione analogica dell'art. 2409 c.c.: Trib. Como, 10 giugno 1998, in *Società*, 1999, 89; Trib. Roma, 5 giugno 1995 in *Foro it.*, 1996, I, 3799; Trib. Roma, 22 maggio 1995, in *Dir. fall.*, 1995, II, 902; Trib. Trieste, 12 dicembre 1990, in *Società*, 1991, 818, con commento di RONCO, *Revoca dell'amministratore di società personale*; App. Salerno, 17 dicembre 2007, in *Foro it.* 2008, 9, I, 2650 (con riferimento ai consorzi); Trib. Lecce 16 luglio 2004, in *Società*, 2005, 358; App. Napoli, 17 maggio 2005, *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2006, 2, 1.

¹³⁵ Atteso che l'art. art. 2545 *quinquiesdecies* c.c., in ossequio alla legge delega, ha previsto per le società cooperative in genere, comunque modellate, l'operatività dell'art. 2409 c.c. (cfr. tra le altre Trib. Salerno, 22 febbraio 2011, inedito; Trib. Salerno, 26 febbraio 2008, in *Foro it.* 2008, 9, I, 2650; Trib. Catania, 14 aprile 2005, in *Giur. it.*, 2005, 2337; App. Milano, 2 novembre 2006, in *Corr. Merito*, 2007, 3, 303; Trib. Isernia, 29 settembre 2006, in *Corr. Mer.*, 2007, 7, 847).

¹³⁶ La vecchia disciplina della S.r.l. richiamava la disciplina della S.p.a. e quindi l'art. 2409 cod. civ. si riteneva applicabile anche alla s.r.l. A seguito della riforma l'orientamento prevalente lo aveva ritenuto inapplicabile (cfr. in giurisprudenza: Trib. Messina, 14 aprile 2004, in *Dir. fall.*, 2004, II, 489; Trib. Napoli, 4 giugno 2004, in *Società*, 2005, 69; Trib. Lecce, 16 luglio 2004, in

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

società di persone ed agli enti collettivi non societari. Si discute financo sull'applicabilità alle società in fase di liquidazione¹³⁷. Inoltre, a seguito della riforma, la legittimazione attiva del PM è limitata alle sole società c.d. aperte, che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio.

Società, 358; App. Roma, 7 aprile 2005, in *Giur. it.*, 2006, 75. In dottrina: AMBROSINI, *Il problema del controllo giudiziario nella S.r.l. tra tentazioni correttive degli interpreti e dubbi di costituzionalità*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 377 s.; DOMENICHINI, *Sub art. 2409*, in *Commentario Niccolini - Stagno D'Alcontres*, II, 725; ARATO, *Il controllo individuale dei soci e il controllo legale dei conti nella S.r.l.*, in *Società*, 2004, 1199 s.; DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 488; SIMONE, *Sub art. 2409*, in *Commentario delle società*, I, a cura di GRIPPO, Torino, 575). Nel senso opposto tuttavia: Trib. Roma, 6 luglio 2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, 435; Trib. Udine, 1° luglio 2004, in *Società*, 2005, 367; Trib. Roma, 1° dicembre 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 81; CORAPI, *Il controllo interno nelle S.r.l.*, in *Società*, 2003, 1575; RIVOLTA, *Profilo della nuova società a responsabilità limitata*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, 691; NAZZICONE, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità nel nuovo art. 2409 c.c.: le novità della riforma societaria*, in *Società*, 2003, 1079; D'AMBROSIO, *La denuncia al Tribunale per gravi irregolarità dopo la riforma*, in *Società*, 2004, 449. Sulla questione è intervenuta risolutivamente la Corte costituzionale (29 dicembre 2005, n. 481, pubblicata tra l'altro: in *Giur. cost.*, 2005, 6, in *Foro it.*, 2006, 5, I, 1293, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 10-11-12, II, 263, in *Giur. cost.*, 2005, 6; in *Giur. comm.*, 2006, II, 798 s., con note di RIMINI, *L'art. 2409 c.c. e le S.r.l., dopo l'intervento della Consulta* e di TINTISONA, *Controllo giudiziario e nuova S.r.l.*; in *Società*, 2006, 451, con nota di SENINI, *Il controllo giudiziario nella S.r.l.: novità introdotte dalla riforma ed opinioni della dottrina e della giurisprudenza* e in *Riv. dir. impr.*, 2006, 115 s., con nota di MONTAGNANI, *Tipologie societarie e controllo giudiziario: la fine delle speranze*) che, rigettando per infondatezza le questioni di legittimità costituzionale sollevate da due giudici di merito (App. Trieste, 5 novembre 2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, 435, e Trib. Cagliari, 4 febbraio 2005, in *Giur. it.*, 2006, 75) con riferimento agli artt. 3 e 76 Cost., ha escluso che l'art. 2409 possa trovare applicazione nelle S.r.l.. Ciò nonostante è ancora possibile registrare qualche opinione divergente che ripropone la tesi dell'ammissibilità del procedimento ex art. 2409 c.c. nelle S.r.l. in cui sia obbligatoria la presenza del collegio sindacale (Trib. Milano 26 marzo 2010, in *Giur. mer.*, 2010, 12, 3025; GARGARELLA MARTELLI, *Sull'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 510) su cui si è pronunciata in negativo la Cassazione anche per l'ipotesi in cui il ricorso sia proposto dal collegio sindacale nominato ai sensi dell'art. 2477 c.c. (Cass. 13 gennaio 2010, n. 403 in *Foro it.*, 2010, 11, I, 3113).

¹³⁷ Trib. Torino, 19 giugno 1992, in *Giur. It.*, 1993, I, 2; 534; Id. 23 novembre 1960, in *Foro it.*, 1961, I, 1975 Trib. Napoli, 6 dicembre 1995, in *Giur. Comm.*, 1997, II, 125; Trib. Torre Annunziata, 2 febbraio 1995, in *Dir. Fall.*, 1996, II, 126; App. Salerno, 12 febbraio 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, 78; Trib. Genova, 10 gennaio 1996, in *Società*, 1996, 691; Trib. Roma, 17 luglio 1998, in *Giur. It.*, 1999, 1458, con nota di MAINETTI, *Note in tema di controllo giudiziario delle società: alcune decisioni recenti*.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

Come noto, il legislatore ha ampiamente rivisto lo strumento del controllo giudiziario *ex art. 2409 cod. civ.*, cercando soprattutto di definire i confini operativi in modo più netto e delimitato. Si è trattato di un'ulteriore manifestazione di quel conclamato disfavore verso i controlli giudiziari sulle società, considerati più come ostacoli alla dinamica del mercato che come mezzi idonei a garantire l'effettiva correttezza¹³⁸.

Orbene, se presupposti, legittimazione e requisiti sono così tassativi non si vede come e perché l'ordinamento dovrebbe stravolgere il sistema in caso di crisi dell'impresa societaria ed in mancanza di una specifica norma che lo preveda. Anzi a voler seguire la giurisprudenza che afferma la possibilità di un provvedimento cautelare atipico che si inserisca nel solco dell'art. 2409, c.c., si dovrebbe trarre la conclusione che il modello si applica a tutti gli imprenditori collettivi in crisi con esclusione dei soli imprenditori individuali per l'impossibilità fisica della materiale sostituzione.

Inoltre, a differenza di quanto accade per i provvedimenti resi nell'ambito della istruttoria prefallimentare, il procedimento di controllo giudiziario non ha funzione cautelare in senso tecnico¹³⁹ e ciò sarebbe, del resto, contraddittorio con la sua natura di *volontaria giurisdizione*¹⁴⁰. Va registrata nella fattispecie l'assoluta mancanza del carattere della strumentalità perché si tratta di misure fini a sé stesse, definitive e non strumentali, del tutto svincolate da altre eventuali pronunce di merito, di cui siano chiamati ad anticipare gli effetti. Ne consegue la impossibilità di integrazione con la disciplina generale delle misure cautelari per la mancanza del rapporto di strumentalità

¹³⁸ RORDOF, *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 672.

¹³⁹ Si parla di misura cautelare solo ma per evidenziarne il valore della provvisorietà e della esclusione di un accertamento su diritti, mancando ogni strumentalità (Cass., 21 marzo 2007, n. 6805, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Società*, n. 709; Cass., 17 maggio 2005, n. 10349, in *Foro it.*, 2006, I, 824; Cass., 8 maggio 2001, n. 6365, in *Foro it.*, 2002, I, 830). Ed infatti il termine "cautelari" è scomparso dal testo dell'art. 2409 c.c. per essere sostituito, al comma 4, con il termine "provvisori" (DALMOTTO, *sub art. 2409*, in *Il nuovo processo societario*, Commentario diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2004, 1281).

¹⁴⁰ Il procedimento cautelare uniforme non è mai richiamato o evocato per disciplinare quello speciale di cui all'art. 2409 c.c. (TRIPALDI, *Del procedimento in camera di consiglio*, in *I procedimenti in materia commerciale*, a cura di Costantino, Padova, 2005, 714). ed anzi il legislatore processuale aveva espressamente stabilito che si applicassero le regole del *procedimento camerale uniforme*, ora abrogato con reviviscenza del procedimento di cui agli artt. 737 ss. c.p.c.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

che caratterizza la tutela cautelare atipica e che implica l'impossibilità di ottenere in via anticipatoria effetti giuridici diversi da quelli che derivano dalla decisione di merito¹⁴¹.

Il procedimento *ex art. 2409 c.c.* è per così dire un *hortus conclusus*, in quanto appresta una tutela giurisdizionale autosufficiente, che riguarda la persona giuridica, il soggetto e non l'impresa ed il suo patrimonio, e nulla ha che vedere con i provvedimenti cautelari *ex art. 15 comma 8 l fall.* diretti a tutelare il patrimonio dell'impresa (ovvero l'oggetto dei rapporti giuridici) e non ad incidere sull'organizzazione della società (ovvero del soggetto dei rapporti giuridici).

Si tenga conto che neppure nel sistema del controllo giudiziario sulla gestione viene inertizzata l'assemblea¹⁴² che semplicemente non può assumere deliberazioni¹⁴³ che possano intralciare il corso o compromettere la finalità del procedimento¹⁴⁴.

¹⁴¹ TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 117; REDENTI - VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1999, 177; VULLO, *op. cit.*, 1260; DITTRICH, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*, a cura di TARZIA e SALETTI, Padova, 2008, 273

¹⁴² Contra JANNACCONE, *Il procedimento regolato dall'art.2409 codice civile*, in *Società*, 1984, 656, secondo cui qualunque provvedimento venga adottato nelle more della procedura, anche se diretto a regolarizzare la situazione della società, non ha alcun effetto, giacché il turbamento nella vita della società manifestatosi con la denuncia può essere eliminato solo dall'autorità giudiziaria (conforme FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da Vassalli, Utet, Torino, 1987, X, 3, p.851).

¹⁴³ L'assemblea non perde mai il potere di deliberare, neppure in fase di amministrazione giudiziaria, come dimostrano sia l'art. 2636 cod. civ., che punisce l'amministratore che abbia ommesso di convocare l'assemblea nei casi previsti dagli articoli 2367 e 2446 cod. civ.; sia l'art. 92 disp. att. cod. civ., che, prevedendo che il tribunale possa conferire all'amministratore giudiziario i poteri dell'assemblea per determinati atti, lascia intendere che, di norma e per tutti gli altri atti, l'organo assembleare conserva i suoi poteri; sia, infine, il fatto che l'art. 2409 cod. civ. prevede la revoca di amministratori e sindaci e non dell'assemblea. In tal senso CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali*, Milano, 1954, 100 s., che ritiene che le deliberazioni incompatibili col procedimento siano, a seconda dei casi, totalmente (es. dimissioni di amministratori e sindaci) o parzialmente inefficaci (es. aumento del capitale) o invalide (es. scioglimento anticipato e messa in liquidazione della società). In tema cfr. altresì NOBILI, *Sui poteri dell'assemblea dopo la nomina dell'amministratore giudiziario*, in *Riv. dir. Comm.*, 1961, II, 16 s., che esamina anche i vari orientamenti in ordine alle conseguenze delle deliberazioni invalide.

¹⁴⁴ Cass., 14 novembre 1959, n.3377, in *Giust. civ.*, 1960, I, 18; Cass., 7 maggio 1963, n.1113, in *Dir. fall.*, 1963, II, 483; App. Venezia, 26 gennaio 1971, in *Foro pad.*, 1972, I, 8; Trib. Palermo, 1 dicembre 1972, in *Giur. comm.*, 1974, II, 104; Cass., 18 luglio 1973, n. 2113, in *Riv. dir. comm.*, 1974, II, 29; App. Palermo, 20 luglio 1973, in *Giur. comm.*, 1974, II, 106; Trib.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

Si è inoltre esclusa la possibilità, sulla base dell'art. 92 delle disposizioni di attuazione del codice civile, che un amministratore giudiziario, nominato *ex art.* 2409 c.c., possa sostituirsi all'assemblea salvo in casi limite per sopperirne all'inerzia rispetto all'eliminazione delle irregolarità gestionali¹⁴⁵, e non certo per sostituirsi istituzionalmente a tutto ed a tutti (azionisti, sindaci, assemblea), come ha ritenuto, in erronea applicazione analogica, una certa giurisprudenza in sede di istruttoria fallimentare¹⁴⁶. Secondo l'orientamento prevalente l'opera dell'amministratore

Roma, 19 febbraio 1976, in *Giur. comm.*, 1977, II, 561; App. Roma, 12 agosto 1978, in *Giur. comm.*, 1979, II, 37; App. Milano, 14 ottobre 1983, in *Società*, 1984, 676; App. Torino, 14 marzo 1984, in *Società*, 1984, 1132; Trib. Padova, 24 dicembre 1986, in *Foro it.*, 1987, I, 1283; Trib. Ascoli Piceno, 27 novembre 1987, in *Società*, 1988, 396; CERA, *Controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. emessa in liquidazione delle società*, in *Giur. comm.*, 1978, II, 407, che considera valida anche la delibera di messa in liquidazione della società (conf. Cass., 19 maggio 1972, n. 1530, in *Giust. civ.*, 1973, I, 160 e in *Foro it.*, 1973, I, 1908; Trib. Pavia, 20 giugno 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, 400; Trib. Milano, 4 maggio 1979, in *Giur. comm.*, 1980, II, 79; Trib. Padova, 24 dicembre 1986, in *Foro it.*, 1987, I, 1283), in quanto considera il procedimento compatibile con lo stato di liquidazione; DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni*, in Trattato di diritto privato diretto da Rescigno, Torino, 1985, XVI, 606; TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in Trattato sulle società per azioni a cura di Colombo-Portale, Torino, 1988, 265; GALGANO, *La società per azioni*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da Galgano, Padova, 1988, VII, 316; VITRO', *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari nelle società di capitali*, Milano, 1992, 197; LAMBERTINI, *Ispezione ed amministrazione giudiziaria delle società di capitali*, Padova, 1998, 127.

¹⁴⁵ E' ipotizzabile conferire a norma dell'art. 2409 c.c. all'amministratore i poteri dell'assemblea anche per eventuali modifiche statutarie, purchè esse siano funzionali al ripristino della corretta gestione della società. Si pensi agli adeguamenti statuari imposti dalla legge come l'istituzione del collegio sindacale, con conseguente nomina dei membri. Va invece sicuramente esclusa qualsiasi attività dell'assemblea che istituzionalmente implichi, oltre all'assenso dei soci, anche un loro successivo comportamento positivo in esecuzione della delibera. Si pensi in tal senso alle delibere aventi ad oggetto finanziamenti da parte dei soci, con particolare riferimento alle delibere di aumento di capitale, che comportano anche una modifica all'atto costitutivo.

¹⁴⁶ Il Tribunale di Prato con ordinanza del 16 giugno 2011, in www.ilcaso.it, dopo aver richiamato il proprio provvedimento del 4 febbraio 2011, cit., afferma che all'amministratore giudiziale nominato a norma dell'art. 15 comma 8, l. fall., analogamente a quanto previsto dagli artt. 2409 c.c. e 92 d.a. c.c., competano tutti i poteri dell'organo amministrativo, sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione, questi ultimi previa autorizzazione del Tribunale e in conformità a quanto permesso dall'art. 92 comma quarto d.a. cod. civ. (che non distingue tra assemblea ordinaria e straordinaria), i poteri dell'assemblea. Pertanto è possibile che

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

giudiziario nominato ex art. 2409 c.c. non può estendersi al punto di esautorare la volontà ed i poteri dell'assemblea nell'ipotesi in cui questa - organo sovrano della società ed unica struttura organizzativa che sopravvive al provvedimento di revoca degli altri organi - eserciti le sue prerogative sugli oggetti cui è chiamata ad esprimersi. Il controllo giudiziario, in definitiva, non può e non deve incidere sui poteri dell'organo assembleare, essendo funzionalmente rivolto ad eliminare le irregolarità di gestione compiute dagli amministratori revocati e non anche ad "occupare" la società in tutte le sue espressioni organizzative. La stessa disposizione "*normativa di cui all'art. 92 disp. att. c.c., che legittima l'affidamento all'amministratore giudiziario - per determinati atti - dei poteri dell'assemblea, circonda l'ipotesi di significative cautele, qualificando pertanto, tale esercizio come eccezionale e limitato*"¹⁴⁷.

E proprio il nuovo testo dell'art. 92 delle disposizioni attuative al codice civile, come sostituito dall'art. 6 del D.Lgs.n. 6 del 2003, che conferma l'inammissibilità di applicazioni analogiche od estensive. Infatti a differenza della vecchia norma, nello stabilire gli effetti della nomina dell'amministratore giudiziario ex art. 2409 c.c.,

l'amministratore giudiziario possa deliberare lo scioglimento della società (artt. 2484 n. 6, 2365 e 2369 comma quinto cod. civ.) e nominare i liquidatori (art. 2487 e 2365 cod. civ.).

¹⁴⁷ Trib. Napoli, 5 dicembre 2002, in *Giur. comm.*, 2004, II, 199 (secondo cui "*la norma, che non indica le ipotesi in cui tale attribuzione possa essere concessa, accredita un utilizzo cum grano salis di tale straordinaria facoltà, che può essere riconosciuta solo nei casi in cui si riscontri l'obiettivo o la verificata impossibilità di un regolare funzionamento dell'assemblea (mancata comparizione dei soci regolarmente convocati, socio di maggioranza che abbia rivestito la qualità di amministratore poi revocato, conflitto di interessi del socio o dei soci di maggioranza sulle materie poste all'ordine del giorno ecc....* ciò che non appare consentito è che la concessione di poteri assembleari all'amministratore giudiziario asseconi, contro l'ordinaria dialettica tra gli organi sociali, una supremazia di questi rispetto all'organo assembleare, capace di sovvertire o di rendere ultronea la volontà manifestata dall'assemblea, con l'ulteriore effetto di garantire all'organo gestorio addirittura il controllo sui propri atti come obiettivamente risulterebbe affidando a questi anche il potere di approvare il bilancio dal medesimo predisposto. La funzione del controllo giudiziario è ontologicamente limitata alla rimozione delle irregolarità maturate nell'ambito dell'amministrazione e della gestione della società e non anche a sostituirsi *tout court* nell'esercizio delle funzioni di un organo assembleare legittimamente operativo). Ancora meglio altra giurisprudenza ha rilevato che : "*Nel procedimento ex art. 2409 c.c. i poteri dell'assemblea, che possono essere eccezionalmente ed eventualmente conferiti all'amministratore giudiziario, sono quelli che attengono esclusivamente alla sfera della gestione e non già a diverse competenze assembleari - quali la modifica dello statuto - che nulla hanno a che vedere con la gestione*" (App. Catanzaro 6 marzo 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 571).

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

sull'imprenditore, si riferisce testualmente ed esclusivamente alle società di cui ai capi V e VI del libro V, ovvero alle società per azioni e in accomandita per azioni¹⁴⁸.

7. La conferma della nostra ricostruzione può trovarsi nell'antesigiano normativo, espressamente codificato, della figura atipica di cui stiamo parlando.

A ben guardare, infatti, l'art. 2 del d.l. n. 347/2003 (c.d. Legge Marzano come convertita e modificata), dopo aver contemplato, al comma 1, le modalità e la cronologia della presentazione dell'istanza di ammissione all'amministrazione straordinaria, sancisce testualmente *"Con proprio decreto il Ministro delle attività produttive provvede, valutati i requisiti di cui all'articolo 1 all'ammissione immediata dell'impresa alla procedura.... e alla nomina del commissario straordinario, con le modalità di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 270 del 1999...."*.

Al comma 2 bis aggiunge *"Il decreto di cui al comma 2 determina lo spossessamento del debitore e l'affidamento al commissario straordinario della gestione dell'impresa e dell'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente. Determina altresì gli effetti di cui all'articolo 48 del decreto legislativo n. 270 e agli articoli 42, 44, 45, 46 e 47 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267"*. Nei quindici giorni, poi, dalla comunicazione del decreto il tribunale *dichiara lo stato di insolvenza dell'impresa*. Qualora il tribunale respinga la richiesta di dichiarazione dello stato di insolvenza ovvero accerti l'insussistenza di anche uno solo dei requisiti previsti dall'articolo 1, cessano gli effetti del decreto di cui all'articolo 2, comma 2. Restano in ogni caso salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura (art. 4, commi 1 e 2)

Il decreto del Ministro, dunque, non è altro che un provvedimento amministrativo cautelare a tutela *dell'impresa* e dell'attività economica, e come si legge testualmente nella norma non produce la sostituzione del commissario straordinario agli organi sociali, nè rende quest'ultimo legale rappresentante della società, ma determina lo

¹⁴⁸ La norma sancisce: "Il decreto, previsto dall'articolo 2409 del codice, che nomina l'amministratore giudiziario nelle società (spa e sapa) del codice, priva l'imprenditore, dalla sua data, dell'amministrazione della società nei limiti dei poteri conferiti all'amministratore giudiziario. Salvo che il decreto disponga diversamente, l'amministratore giudiziario non può compiere atti eccedenti l'ordinaria amministrazione senza l'autorizzazione del tribunale. Entro i limiti dei poteri conferitigli l'amministratore sta in giudizio nelle controversie, anche pendenti, relative alla gestione della società. All'amministratore giudiziario possono essere attribuiti per determinati atti, poteri dell'assemblea. Le relative deliberazioni non sono efficaci senza l'approvazione del tribunale. Il compenso dell'amministratore giudiziario è determinato dal tribunale. La sentenza che nomina l'amministratore incaricato di assumere la gestione dell'impresa priva l'imprenditore, dalla sua data, dell'amministrazione dell'impresa nei limiti dei poteri conferiti all'amministratore giudiziario".

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

spossessamento del debitore e l'affidamento della gestione dell'impresa e dell'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente.

E come per l'art. 15, comma 8, l. fall., in caso di mancata dichiarazione di insolvenza cessano gli effetti del provvedimento cautelare. L'unica differenza è l'attribuzione della gestione dell'impresa nel periodo intermedio al commissario nominato dal Ministro, con il vantaggio competitivo (di non poco conto) di inibire espressamente (art.2 comma 2 bis) azioni esecutive individuali anche speciali sul patrimonio dell'impresa¹⁴⁹. Effetto che, come visto, non può essere determinato dai provvedimenti cautelari resi *ex art.* 15, comma 8, della legge fallimentare¹⁵⁰.

Al legislatore insomma, a differenza che ad una certa giurisprudenza, è ben chiara la differenza tra società ed *impresa*, tra amministratore giudiziario della persona giuridica e commissario-custode del patrimonio aziendale del debitore, ed infatti contempla espressamente il secondo modello escludendo il primo.

D'altra parte la valorizzazione del termine *impresa* (intesa in senso strumentale e del relativo substrato fattuale e giuridico), e la netta distinzione dall'imprenditore (individuale o collettivo), è stata avviata con le leggi sull'amministrazione straordinaria, per poi trovare accesso nella riforma della legge fallimentare¹⁵¹ come per tante altre innovazioni. Ed è quanto mai appropriato e decisivo che il legislatore parli di "*spossessamento del debitore e affidamento al commissario straordinario della gestione dell'impresa e dell'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente*" e non di amministrazione giudiziaria della società.

¹⁴⁹ Viceversa il comma 2 bis dell'art. 2 del d.l. n. 347 2003 non attribuisce al provvedimento amministrativo cautelare gli effetti, pure assai rilevanti dell'art. 50 del d.lgs. n. 270 del 1999 riguardante i contratti in corso.

¹⁵⁰ Trib. Monza, 20 novembre 2009, cit.; Trib. Milano 25 marzo 2010, cit.; Trib. Prato, 4 febbraio 2011, cit., Trib. Prato, 23 marzo 2011, cit.

¹⁵¹ Questa impostazione emerge chiaramente nella legge *Prodi bis* che non a caso utilizza ripetutamente, e soprattutto con riferimento all'indirizzo della ristrutturazione, il termine *impresa*. Orbene quando l'impresa in crisi ha grandi dimensioni, emerge nell'ordinamento un peculiare interesse dell'economia alla sua sopravvivenza che consente di sacrificare entro certi limiti l'interesse dei creditori. Ciò giustifica un esercizio provvisorio che da eccezione nella procedura fallimentare (art. 104 l. fall.) diventa nell'amministrazione straordinaria una regola inderogabile e che può in linea di principio anche arrecare pregiudizio ai creditori purchè sia funzionale al recupero prospettico dell'equilibrio economico (al riguardo FIMMANÒ, *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 328 s.).

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

D'altra parte dal punto di vista della successiva trattazione del procedimento pre-concorsuale, se così non fosse il Tribunale fallimentare troverebbe paradossalmente come contraddittore lo stesso amministratore giudiziario da se stesso nominato.

Ma anche su questo tema la legge Marzano offre una chiara definizione dei ruoli. L'art. 4 del decreto, al comma 1 sancisce, infatti che : *“Il tribunale, con sentenza pubblicata entro quindici giorni dalla comunicazione del decreto di cui all'articolo 2, comma 2, sentiti il commissario straordinario, ove lo ritenga necessario, e il debitore nelle ipotesi di cui all'articolo 3, comma 3, dichiara lo stato di insolvenza dell'impresa e assume i provvedimenti di cui all'articolo 8, comma 1, lettere a), d) ed e), del decreto legislativo n. 270...”*.

Il legislatore prevede espressamente che il debitore sia sentito come soggetto diverso dal commissario che evidentemente non lo rappresenta e costituisce un diverso centro autonomo di imputazione di rapporti soggettivi attivi e passivi.

La riforma della legge fallimentare ha statuito nel medesimo senso per la liquidazione coatta amministrativa sancendo, all'art. 195, l. fall., che se un'impresa, assoggettata alla procedura, si rivela insolvente, il tribunale competente, su richiesta di uno o più creditori, ovvero dell'autorità che ha la vigilanza sull'impresa o di questa stessa, dichiara lo stato di insolvenza con sentenza e adotta d'ufficio, anche con successivo decreto, i provvedimenti conservativi che ritenga opportuni¹⁵² nell'interesse dei creditori fino all'inizio della procedura di liquidazione¹⁵³. La norma al comma 3

¹⁵² In realtà mentre i provvedimenti di cui all'art. 15 l. fall. sono rimessi all'istanza di parte e sono strumentali al giudizio che porta alla dichiarazione di fallimento, i provvedimenti di cui all'art. 195 l. fall. hanno carattere officioso e seguono necessariamente la pronuncia del Tribunale. Ciò in quanto la sentenza dichiarativa di insolvenza può essere emanata quando ancora non è aperta la procedura di liquidazione coatta, con il rischio che l'imprenditore possa compiere atti dispositivi con finalità distrattive o comunque pregiudizievoli per i creditori. La norma quindi attribuisce al Tribunale la possibilità di svolgere una funzione di tutela nell'arco temporale che intercorre tra la dichiarazione di insolvenza e l'emanazione del provvedimento amministrativo di apertura della procedura (GHIGNONE, *op. cit.*, 499). Tuttavia, in una lettura costituzionalmente orientata alla parità di trattamento, occorre ritenere che anche nella procedura di liquidazione coatta il Tribunale possa disporre i provvedimenti cautelari su istanza di parte (contra PLATANIA, *Sub art. 195 l. fall.*, in LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008, 1678).

¹⁵³ L'art. 200 l.fall. sancisce altresì che “Dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione si applicano gli artt. 42, 44, 45, 46 e 47 e se l'impresa è una società o una persona giuridica cessano le funzioni delle assemblee e degli organi di amministrazione e di controllo, salvo per il caso previsto dall'art. 214. II. Nelle controversie anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale dell'impresa, sta in giudizio il commissario liquidatore”. Come si vede il

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

precisa che “prima di provvedere il tribunale deve sentire il debitore, con le modalità di cui all'articolo 15, e l'autorità governativa che ha la vigilanza sull'impresa”¹⁵⁴. La stessa cosa vale evidentemente per il fallimento, dove nella fase dell'istruttoria il debitore non può che conservare tutti i poteri di rappresentanza processuale che in alcun modo possono essere attribuiti dal tribunale ad un terzo dallo stesso nominato¹⁵⁵.

Tutto ciò vale anche per la versione dell'amministrazione straordinaria di cui al D.Lgs. 270/1999, cui è applicabile il sistema di cui all'art. 15, comma 8, l. fall., per lo strettissimo nesso di «corrispondenza biunivoca» sussistente tra le due procedure concorsuali e per l'identità di *ratio* della norma, che anzi è ancora più funzionale considerato che nella *Prodi-bis* la continuazione dell'impresa non è eventuale, come nel fallimento, ma essenziale¹⁵⁶.

legislatore parla di rappresentanza processuale per i rapporti patrimoniali dell'impresa e non della società.

¹⁵⁴ Non va confuso il commissario straordinario od il commissario liquidatore, organi di una procedura concorsuale, con il commissario governativo nominato in società *in bonis* dall'autorità amministrativa in relazione ai poteri di esercitati su tali società soggette alla relativa vigilanza (cooperative, banche, assicurazioni), figura omologa all'amministratore giudiziario nominato ex art. 2409 c.c. dall'autorità giudiziaria e che quindi ne ha propriamente la rappresentanza legale. Ecco perché la Cassazione ha avuto modo di affermare che “nel procedimento per la dichiarazione dello stato di insolvenza di una società, su richiesta, ai sensi dell'art. 202 l. fall., del commissario liquidatore della liquidazione coatta amministrativa, il contraddittorio, per l'esercizio del diritto di difesa, deve essere instaurato, ex art. 195 e 15 l. fall., nei confronti dell'organo che aveva la rappresentanza legale dell'ente stesso alla data cui si fa risalire detta insolvenza, nella specie dichiarata avendo riguardo al momento della messa in liquidazione della società; ne consegue che, in caso di previo commissariamento governativo, legittimato al contraddittorio è solo il commissario governativo alla predetta epoca investito della carica, la quale comprende, di regola, tra i poteri di gestione ordinaria, le medesime prerogative degli amministratori, ivi inclusa la piena rappresentanza processuale (Cass., 2 dicembre 2010, n. 24547, in *Rep. giust. civ. Mass.*, 2010, 12).

¹⁵⁵ Nello stesso senso BELLÈ, *op. cit.*, 13 (il quale osserva che “nel caso di società di capitali, in cui l'art. 152 l.fall. rimette agli amministratori, in assenza di deroghe statutarie, la decisione di proporre concordato preventivo, l'amministratore giudiziario finirebbe per essere astrattamente legittimato addirittura alla predisposizione di tale procedura, che diverrebbe, magari su autorizzazione del Tribunale, uno scenario possibile: il che appare al di fuori del perimetro entro cui si disegna l'attuale assetto dell'ingerenza attiva dell'autorità giudiziaria rispetto all'attività di impresa”).

¹⁵⁶ Si riferiscono a procedure di pre-insolvenza ex d.lgs. 270 del 1999 anche Trib. Vibo Valentia 19 marzo 2010, cit.; Trib. Terni, 13 aprile 2011 cit.; Trib. Prato, 4 febbraio 2011, cit., Trib. Prato, 23 marzo 2011 cit.; Trib. Novara, 24 febbraio 2010, in *Fallimento*, 2010, 1180, con nota di MARZOCCHI, *I provvedimenti cautelari cit.* (secondo cui anzi in questo caso la misura

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

Queste misure possono essere emesse fino al momento della dichiarazione di insolvenza considerato che il tribunale potrebbe, in assenza dei requisiti, optare comunque per la dichiarazione di fallimento. Per la fase successiva invece l'art. 21, d.lgs. 270 del 1999, stabilisce che “*il Tribunale con la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza o con successivo decreto, adotta i provvedimenti conservativi opportuni nell'interesse della procedura*”, d'ufficio (questa volta) per tutelare l'impresa nel lasso di tempo compreso tra la pronuncia dello stato di insolvenza e l'inizio della gestione commissariale¹⁵⁷.

8. Dunque anche nel caso limite della nomina dell'amministratore giudiziario dell'azienda e di gestione sostitutiva dell'impresa con spossessamento dell'imprenditore-società del patrimonio aziendale, gli amministratori non possono essere revocati¹⁵⁸ e restano in carica per svolgere le funzioni compatibili con questo stato, prima fra tutte la difesa della società nel procedimento fallimentare e la

cautelare è più conforme al profilo strumentale visto che nel fallimento l'esercizio provvisorio è del tutto eccezionale. Nella fattispecie la misura è stata adottata nel corso del procedimento per la pronuncia dichiarativa dello stato di insolvenza che, ai sensi dell'art. 8 D.Lgs. n. 270/1999, dispone l'affidamento della gestione dell'impresa ad un commissario giudiziale ovvero all'imprenditore insolvente; il che significa che l'esercizio dell'impresa è destinato a proseguire «naturalmente» in funzione della conservazione dell'impresa. E' quindi effettivamente prospettabile la prosecuzione senza soluzione di continuità dalla gestione sostitutiva cautelare a quella successiva. In questa ipotesi sarebbe, dunque, difficile dubitare che la misura cautelare non sia anticipatoria di effetti propri della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza.

¹⁵⁷ Cfr. in tema FILIPPI, *Dichiarazione dello stato di insolvenza. Gli organi della procedura, effetti e provvedimenti immediati*, in AA.VV., *La riforma dell'amministrazione straordinaria*, Roma, 2000, 63; VINCRE, *Sub Art. 21*, in CASTAGNOLA-SACCHI, *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2000, 126.

¹⁵⁸ In tal senso già FIMMANÒ, *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali e gestione riallocativa dell'impresa fallita*, cit., 484; e nello stesso senso CAVALLINI, *Sub art. 15*, cit., 331; PAGNI, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 862; FABIANI, *Tutela cautelare e rapporti fra imprenditore e amministratore giudiziario dell'impresa*, in corso di pubblicazione, in *Riv. dir. proc.*, ; *contra*, PACCHI, *Provvedimenti cautelari e conservativi su richiesta del debitore in attesa di un accordo di ristrutturazione*, in *Dir.fall.*, 2011, II, 348 (secondo cui il provvedimento del tribunale, avendo come contenuto il prodotto di una denuncia ex art. 2409 c.c., trova una sua giustificazione, in quanto in ragione dell'insolvenza in corso di accertamento si attribuisce ai creditori la possibilità di effettuare quella denuncia che *ex ante* avrebbe dovuto essere presentata dai sindaci).

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

sottoscrizione di proposte, istanze od accordi diretti ad evitare il fallimento, o viceversa ad accelerarlo in funzione cautelare, o ad accedere a procedure concorsuali.

L'atipicità strumentale del provvedimento può infatti al massimo determinare una situazione speculare a quella che si determinerebbe in caso di dichiarazione di insolvenza. L'art. 2484 c.c., non prevede più il fallimento tra le cause di scioglimento (o addirittura di estinzione) della società¹⁵⁹ e, dunque, gli organi sociali continuano a esistere durante la procedura concorsuale¹⁶⁰. La società continua a vivere attraverso i suoi organi, sia pure in forma ridotta, essendo esclusa la possibilità di esercitare la normale attività commerciale, così come di contrarre nuove obbligazioni e, in definitiva, di disporre del patrimonio sociale¹⁶¹.

La dichiarazione di fallimento, non comporta il venir meno dell'imprenditore, dell'organizzazione societaria, né la cessazione del rapporto che lega la società agli amministratori, i quali conservano i poteri funzionali alle necessità della procedura concorsuale e all'esigenza di assicurare alla società fallita la possibilità di tutelare i propri interessi nei confronti degli organi fallimentari¹⁶². Ed anche la suprema Corte ha sempre parlato a proposito del curatore di rappresentanza processuale dell'impresa fallita e non della società¹⁶³.

¹⁵⁹ La riforma del diritto societario ha modificato l'ultimo comma dell'art. 2448, c.c. vecchio testo, eliminando tra le cause di scioglimento il provvedimento che dispone la liquidazione coatta amministrativa e la dichiarazione di fallimento. Ricondere «la portata normativa del fallimento a quella di altre cause di scioglimento significa, a ben vedere, negare qualsiasi rilevanza applicativa non solo alla espressa menzione del fallimento come causa di scioglimento delle società di persone, ma anche, e soprattutto, alla eliminazione dello stesso dal novero delle ipotesi dissolutive delle società di capitali» (così FERRI, JR, *Fallimento e scioglimento delle società*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, 10).

¹⁶⁰ D'ORAZIO, *op.cit.*, 96, evidenzia che l'istruttoria prefallimentare non ha per oggetto nè lo scioglimento della società, nè la rimozione degli organi sociali che restano anche dopo l'apertura del fallimento.

¹⁶¹ FIMMANÒ, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, Milano, 2011.

¹⁶² Conseguentemente - poiché nell'attività d'impresa, che implica di per sé atti di disposizione, ai fini della delimitazione dei poteri dell'amministratore, deve aversi riguardo alla nozione di atti pertinenti alla gestione normale dell'impresa esercitata - l'amministratore della società fallita può impugnare con ricorso per cassazione, senza che sia a tal fine necessaria una delibera assembleare di autorizzazione, i provvedimenti resi dal tribunale fallimentare in sede di reclamo avverso i decreti del giudice delegato che dispongono la vendita di beni fallimentari.

¹⁶³ Cfr. da ultima Cass. 9 febbraio 2010 n. 2803 (conforme Cass. 23 marzo 2007 n. 7161).

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

Un volta chiusa la procedura dovrà poi verificarsi se essa ha lasciato effetti dissolutivi sull'ente ¹⁶⁴. In quest'ottica, lo scioglimento potrà verificarsi solo ed in quanto, all'esito della chiusura della procedura, si verifichi, in termini immediati, una delle cause di cui all'art. 2484 c.c. ¹⁶⁵. La scelta del legislatore trova anche un preciso rilievo sistematico laddove si pensi alla possibilità – compatibilmente alle esigenze della procedura stessa – di dare vita ad operazioni di trasformazione, fusione, scissione, ricapitalizzazione, a conferma della continuazione “funzionale” della attività sociale, seppure nei limiti di compatibilità col fallimento. Ebbene, la realizzazione di tali operazioni in concomitanza al fallimento premette e implica la permanenza in capo alla società del potere di mantenere le proprie prerogative funzionali nel rispetto delle esigenze della procedura ¹⁶⁶. Ancora, la mancata indicazione del fallimento tra le cause di scioglimento della società ha risolto anche un imbarazzo ermeneutico creato dalla precedente formulazione normativa in ragione del quale la dichiarazione di fallimento,

¹⁶⁴ La norma assume, allora, anche un immediato valore precettivo. Non necessariamente la società in fallimento – chiusa la procedura – dovrà dirsi in liquidazione. Infatti, la società in fallimento non vede modificata la propria organizzazione se non per i fini della procedura, sicché questa viene funzionalizzata alla procedura. Secondo l'art. 118, comma 3, l. fall. (ultima formulazione corretta), il curatore fallimentare deve richiedere la cancellazione dal registro delle imprese della società fallita soltanto quando il fallimento si sia chiuso per ripartizione finale dell'attivo o per insufficienza di attivo (art. 118, comma 1, nn. 3 e 4, l. fall.), mentre nelle altre ipotesi di cessazione della procedura concorsuale, ivi inclusa quella del concordato, la società rientra *in bonis* ed è perciò in grado di riprendere l'attività o di affrontare una (meno onerosa) liquidazione volontaria.

¹⁶⁵ Al termine della procedura, gli organi sociali riprenderanno appieno la loro capacità funzionale, sì da verificare e decidere – in esito alle condizioni nelle quali la società è sopravvissuta – le scelte più opportune in esito alla continuazione ovvero allo scioglimento della società anche per verificarsi di una delle condizioni di cui all'art. 2484 c.c..

¹⁶⁶ E' stata recepita la teoria che vede nel fallimento una ipotesi dissolutiva inetta ad operare immediatamente e definitivamente sul contratto o sul rapporto sociale ed a riflettersi sull'assetto organizzativo della società, giacché al suo sopravvenire produce, con il suo caratteristico effetto di spossessamento solo una sorta di congelamento temporaneo dell'oggetto e dello scopo, attualizzandosi lo scioglimento - o meglio il suo effetto naturale consistente nell'avvio e nella coltivazione della liquidazione – solo se alla chiusura della procedura concorsuale non venga ristabilita (vuoi per obiettiva impossibilità, vuoi per inerzia di amministratori o soci) la piena operatività della società, la quale pertanto in questo - e solo in questo – caso è destinata fatalmente ad estinguersi previa liquidazione : si tratterebbe dunque di una fattispecie dissolutiva a carattere complesso e ad efficacia differita – nonché eventuale – nel tempo. Il fallimento, allora, è solo il possibile antecedente logico giuridico della liquidazione, alla quale non è legato da un vincolo di indissolubilità.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

pur determinando lo scioglimento della società, a differenza delle altre cause di scioglimento di cui all'art. 2448, comma 1, c.c., non comportava il venir meno dell'organizzazione sociale né la cessazione del rapporto organico tra società ed amministratori¹⁶⁷, i quali conservavano i poteri funzionali alle necessità della procedura e all'esigenza di assicurare alla società fallita la possibilità di tutelare i propri interessi¹⁶⁸.

La situazione limite in cui può trovarsi la società-debitrice oggetto di un provvedimento cautelare *ex art.15 comma 8, l.fall.*, può essere tutt'al più speculare, con le dovute differenze, a quella in cui si troverebbe a seguito della dichiarazione di fallimento. La società viene completamente "spossessata" del suo patrimonio e gli amministratori vengono sospesi dalla loro funzione di amministrare e gestire tale patrimonio (funzione che recuperano completamente in caso di ritorno *in bonis*)¹⁶⁹. Viceversa gli organi sociali (assemblea, amministratori e sindaci) rimangono in carica

¹⁶⁷ Si assisteva così ad una liquidazione senza i liquidatori ma con degli amministratori. In tal modo, chiusa la procedura fallimentare la società avrebbe vissuto comunque una condizione di scioglimento con obbligo degli amministratori di attivarsi per la nomina dei liquidatori ovvero per la richiesta di revoca dello stato di liquidazione (Cass., 7 maggio 1999, n.4584, in *Dir. fall.*, 1999, II). Imbarazzo ermeneutico che aveva indotto la dottrina a giustificare la previsione solo in termini sanzionatori non spiegandosi altrimenti il motivo per il quale la dichiarazione di fallimento - ponendo capo ad una procedura, di per sé intesa solo ad assoggettare ad esecuzione forzata e con effetto di concorso il patrimonio pignorabile del debitore società ed al cui svolgimento non sarebbe funzionalmente coesistente la disgregazione del soggetto passivo - ne provoca lo scioglimento. Grazie alla attuale formulazione normativa, invece, alla chiusura del fallimento saranno lasciate all'ente stesso, ed ai suoi organi ritomati nella pienezza delle funzioni, le scelte rese opportune dalle condizioni in cui l'evento/procedura ha lasciato la società

¹⁶⁸ Neanche è più giustificabile la opinione che riconduceva la dichiarazione di fallimento alla impossibilità definitiva di conseguimento dell'oggetto sociale precludendone di fatto la realizzazione. Oggi più che mai tale interpretazione non resiste ad alcune eccezioni: la prima è che la impossibilità di raggiungimento dell'oggetto sociale non è più di per sé causa di scioglimento della società dovendosi esprimere definitivamente la assemblea all'uopo convocata anche attraverso la mancata adozione di provvedimenti; la seconda è data dal fatto che - come esattamente osservato - non può confondersi l'effetto con la causa; inoltre le fattispecie dissolutive del fallimento e dell'impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale sono autonome.

¹⁶⁹ L'art. 200 l.fall. attribuisce al provvedimento che ordina la l.c.a. l'effetto di far cessare le funzioni degli organi sociali; tuttavia, la norma viene generalmente interpretata nel senso che si tratti di mera sospensione degli stessi (CONTARINI, *Sub art. 200*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di MAFFEI ALBERTI, Padova, 2009).

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

per quelle funzioni che riguardano la persona giuridica ovvero il soggetto-società¹⁷⁰. Ad esempio se si volessero fondere due società fallite sarebbero le assemblee delle stesse, convocate dai rispettivi amministratori, a doverne deliberare la fusione, e non potrebbero certo farlo i due curatori fallimentari¹⁷¹.

Allo stesso modo va escluso che un commissario giudiziale nominato *ex art.* 15 comma 8, l. fall., possa sostituirsi all'organo assembleare come ha statuito una certa giurisprudenza sulla base dell'art. 92 delle disposizioni di attuazione di cui abbiamo parlato¹⁷². E la conferma è nello stesso articolo 2409 che, al comma 6, stabilisce che l'amministratore giudiziario deve convocare per proporre, se del caso, "*...la messa in liquidazione della società o la sua ammissione ad una procedura concorsuale*", conclamando che, anche in quel caso, i poteri di modificazione statutaria e di richiesta di ammissione alle procedure concorsuali sono rimessi all'imprenditore e nella fattispecie agli organi della società.

Gli organi della procedura concorsuale - o di quella preconcorsuale - non hanno certo il potere di *proporre* validamente (sul piano endo-societario) o addirittura di *compiere* atti modificativi della struttura organizzativa, capitalistica e finanziaria della società insolvente, quand'anche funzionali alla soluzione concordataria (ad esempio quello di approvare un aumento di capitale con esclusione del diritto d'opzione o di predisporre un progetto di fusione o di decidere una scissione ecc.)¹⁷³. Tanto meno potrebbe ammettersi la loro facoltà di "disporre" delle partecipazioni sociali o di incidere direttamente sulla posizione dei soci, cioè sui loro "diritti individuali",

¹⁷⁰ Con riferimento alle operazioni sul capitale sociale: ATLANTE – MARICONDA, *La riduzione del capitale per perdite*, in *Riv. not.*, 2002, 37 ss.; e, dopo la riforma, GUERRERA, *Commento agli artt. 2446-47 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, diretto da Niccolini e Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, 1206;

¹⁷¹ L'art. 2499 c.c. che stabilisce l'ammissibilità di una trasformazione della società sottoposta a procedura concorsuale, (Perrino, *La riforma della disciplina della fusione di società*, in *Riv. soc.*, 2003, 507) Analogamente è stata novellata la norma di cui al 2501 comma 2 c.c. che escludeva la fusione per le società in procedura concorsuale (sull'ammissibilità della fusione tra società in procedura concorsuale purchè deliberata dai soci Trib. Monza, 15 aprile 2008, in www.ilcaso.it).

¹⁷² Trib. Prato, 16 giugno 2011, cit.

¹⁷³ Così GUERRERA – MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in *Riv. soc.*, 2008, 33. In senso contrario pare orientata invece M. DI SARLI, *Commento all'art. 2501 c.c.*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione (artt. 2498 – 2506-quater c.c.)*, a cura di Bianchi, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti e altri, Milano, 2006, 458 ss., la quale sostiene fra l'altro – con argomenti non condivisibili – la competenza del curatore fallimentare a redigere il progetto di fusione.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

nell'ambito di un accordo solutorio con i creditori sociali e/o con i terzi¹⁷⁴. Il potere gestorio e dispositivo degli organi della procedura riguarda infatti *l'impresa e il patrimonio sociale*¹⁷⁵; non anche lo "strumento societario", che resta nella disponibilità dei soci e degli organi sociali, se pure compatibilmente con la pendenza della procedura e nemmeno la titolarità delle partecipazioni, che, quand'anche rese prive di valore economico "attuale" dall'insolvenza della società, appartengono sempre ed esclusivamente ai soci¹⁷⁶.

Tra le funzioni degli organi sociali c'è innanzitutto la difesa della società nel procedimento, in ossequio al fondamentale principio di cui all'art. 26, Cost.¹⁷⁷, per cui il provvedimento cautelare prefallimentare non può giammai tradursi in una compressione dei diritti del debitore resistente. Inoltre tra le funzioni residuali v'è sicuramente la presentazione di proposte di concordato, di accordi di ristrutturazione dei debiti¹⁷⁸ o comunque di soluzioni alternative al fallimento, ivi compresa l'amministrazione straordinaria, laddove ne sussistano i requisiti¹⁷⁹.

¹⁷⁴ STANGHELLINI, *Commento all'art. 124 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da Jorio, Bologna, 2006, 1960 ss. G. FERRI jr., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 747 s.).

¹⁷⁵ Cfr. NIGRO, *La riforma "organica" delle procedure concorsuali e le società*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 79 s.

¹⁷⁶ GUERRERA – MALTONI, *op.cit.*, 33.

¹⁷⁷ Se la società si dovesse costituire in giudizio in persona del soggetto nominato dal tribunale ciò violerebbe il diritto costituzionale di difesa ex art. 26 C (Trib. Latina, 10 dicembre 2009, rel Marcelli, in *www.ilcaso.it*, ha addirittura sostituito il liquidatore volontario della società con uno giudiziale fino alla conclusione del procedimento di revoca di un concordato preventivo, ex art. 173 l. fall., sulla base di un ricorso di fallimento presentato dal P.M. dopo l'ammissione alla procedura).

¹⁷⁸ In senso analogo FABIANI, *Tutela cautelare e rapporti fra imprenditore e amministratore giudiziario dell'impresa*, cit. (secondo cui l'amministratore giudiziario nella sua qualità *super partes*, può solo predisporre la domanda di concordato avente ad oggetto la ristrutturazione dei debiti quale modalità di gestione, non necessariamente conservativa, dell'impresa, rappresentando alla società -ma esternalizzandola ai creditori in funzione dell'art. 124 l.fall. - che la migliore gestione dell'impresa passa per un accordo con i creditori. Ma tale proposta comunque va poi deliberata dagli organi sociali e presentata dal legale rappresentante).

¹⁷⁹ Al contrario secondo una certa giurisprudenza di merito la nomina di un amministratore giudiziario ex art. 15, comma 8, l. fall., farebbe venir meno ogni rappresentanza processuale del legale rappresentante della società sospeso dalla carica (alla stregua di quanto accade in caso di fallimento, salva soltanto la legittimazione ad intervenire per le questioni dalle quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a carico del fallito o nei casi previsti dalla legge come

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

Quanto in particolare al concordato preventivo l'articolo 160 comma 4, l. fall., prevede che per le società la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'art. 152 l.fall. L'articolo 152 a sua volta stabilisce, al comma 1, che "*la proposta di concordato (fallimentare) per la società fallita è sottoscritta da coloro che hanno la rappresentanza sociale*". La stessa norma al comma 2 aggiunge "La proposta e le condizioni del concordato, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto a) nelle società di persone sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale; b) nella società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori"¹⁸⁰.

Appare evidente che pur essendo fallita la società - e non avendo certo gli amministratori il potere di gestirne il patrimonio - la legittimazione a deliberare il concordato appartiene agli amministratori (o ai soci nelle società di persone) e la legittimazione a sottoscrivere la domanda appartiene a chi ha la rappresentanza sociale. Il legale rappresentante non è certamente il curatore, ma è l'organo amministrativo - sospeso dalla carica - che mantiene la legittimazione ad alcune attività ed in particolare alla presentazione del concordato fallimentare. Il curatore rappresenta l'impresa (e non la società) e amministra in funzione liquidatoria il relativo patrimonio (la massa attiva), esercitando l'attività economica in via sostitutiva in caso di esercizio provvisorio.

La Suprema Corte ha già in passato avuto modo di affermare in modo ineccepibile che "ai sensi dell'art. 2448 comma 2 c.c., la dichiarazione di fallimento non è causa di estinzione della società, i cui organi continuano ad operare con i poteri residui compatibili con il perdurante fallimento - quali: l'opposizione allo stesso, l'intervento alla verifica dello stato passivo, la proposta di concordato - e relativamente a rapporti che sono al di fuori della gestione fallimentare affidata al curatore; ne consegue che lo spossessamento fallimentare, che priva la società di ogni potere in relazione al patrimonio destinato a soddisfare i creditori, non congela gli organi esistenti al momento del fallimento e non impedisce alla società di provvedere alla sostituzione dei propri amministratori e quindi di accettare le dimissioni dell'amministratore o degli amministratori in carica e di nominarne dei nuovi"¹⁸¹.

per la proposizione del reclamo avverso la sentenza di fallimento oppure per la presentazione di un concordato fallimentare) anche ai fini della presentazione di una istanza di ammissione all'amministrazione straordinaria (Trib. Prato, 9 marzo 2011, in www.ilcaso.it). Di diverso avviso pare App. Firenze, 6 aprile 2011, ined., che ha escluso la legittimazione del presidente del Cda in quanto non autorizzato da delibera consiliare.

¹⁸⁰ Al riguardo CHIONNA, *La decisione di proporre il concordato fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2011, 247 s.

¹⁸¹ Cass., 4 dicembre 1992, n. 12928 in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 12.

STUDI E OPINIONI

L'IMPRESA IN CRISI COME OGGETTO "PROPRIO" DELLA TUTELA CAUTELARE

Esattamente speculare è la situazione in cui si trova la società spossessata *ex art.* 15 comma 8. L. fall., in fase di istruttoria preconcorsuale, gli organi sono sospesi dalla gestione del patrimonio sociale, ma non certo da alcune attività specifiche che non riguardano l'impresa o il patrimonio ma la persona giuridica-società (il soggetto)¹⁸². In particolare se si tratta di modificare lo statuto, di trasferire la sede o mutare la denominazione sociale, non può certo farlo il commissario\custode giudiziario dell'impresa, ma deve farlo l'assemblea dei soci convocata dagli amministratori, sospesi dalle funzioni gestionali ma non dalle funzioni riguardanti il funzionamento del soggetto giuridico. Analogamente se si tratta di proporre un concordato preventivo dovrà essere deliberato dagli amministratori nelle società di capitali e dai soci in quelle di persone. E non a caso - in tema di legittimazione alla deliberazione ed alla sottoscrizione - l'art. 161 comma 4, l. fall., richiama l'articolo 152, aggiungendo inequivocabilmente all'argomento logico quello testuale¹⁸³.

¹⁸² Si è evidenziato inoltre che la nomina di un commissario incaricato del compimento di atti in luogo del debitore (la cui omissione potrebbe danneggiare il patrimonio o l'impresa) si porrebbe in contrasto con la limitazione dell'efficacia dei provvedimenti cautelari in oggetto alla durata del procedimento prefallimentare prevista dall'art. 15, ottavo comma l.fall. (CELENTANO, *Il procedimento cit.*, 141).

¹⁸³ D'altra parte anche la migliore giurisprudenza ha affermato che nel caso di spossessamento e nomina di un amministratore giudiziario del patrimonio dell'impresa il potere di sottoscrivere e presentare una proposta di concordato preventivo spetta all'amministratore volontario sospeso in qualità di legale rappresentante (Trib. Novara, 24 febbraio 2010, *cit.*; Trib. Vibo Valentia 19 marzo 2010, *cit.*; Trib. Milano 1 agosto 2008, inedito, che ha disposto la nomina di un custode dell'azienda "*al fine di consentire alla resistente di proporre un concordato*").

LA SEPARAZIONE PATRIMONIALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: IL FONDO PATRIMONIALE, GLI ATTI DI DESTINAZIONE E IL *TRUST*

L'ordinamento italiano prevede diverse fattispecie volte a configurare una separazione patrimoniale, finalizzata alla realizzazione di interessi ritenuti dallo stesso meritevoli di tutela e, quindi, passibili di una protezione rafforzata. Tali istituti, benchè ugualmente derogativi al principio di universalità della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 Cod. civ., risultano caratterizzati da taluni tratti distintivi, tratteggiati al fine di rendere le singole fattispecie maggiormente competitive e adattabili, pur in presenza di alcuni profili di rischio, al caso concreto. Le figure del fondo patrimoniale, degli atti di destinazione ex art.2645 ter nonché, specialmente, del trust hanno così assunto, nel corso degli ultimi tempi, una grande rilevanza pratica che ha suscitato, in dottrina e giurisprudenza, la necessità di una continua riformulazione ed adattamento di quei canoni definitivi che da sempre fungono da supporto all'intervento, talvolta troppo generico, del Legislatore italiano.

di **FEDERICO RIGANTI**

1. Gli atti di separazione previsti dall'ordinamento italiano

L'ordinamento italiano prevede diverse fattispecie volte a configurare una separazione patrimoniale¹ finalizzata alla realizzazione d'interessi ritenuti dallo stesso come meritevoli di tutela e quindi passibili di una protezione c.d. rafforzata.

Tali istituti, in quanto derogativi al principio di universalità della responsabilità patrimoniale, espresso all'art. 2740 Cod. civ., comportano il correlato divieto di azioni

¹ La nozione di patrimonio separato va distinta dal concetto di patrimonio autonomo, dovendosi individuare la prima, secondo la tradizionale ripartizione formulata in dottrina, solo laddove, all'interno del patrimonio generale di un unico soggetto sia possibile distinguere una "cellula patrimoniale" che ricomprenda parte dei rapporti attivi e passivi e potendosi individuare il secondo solo nel caso in cui più soggetti risultino titolari di un "nucleo patrimoniale di rapporti attivi e passivi, distinti dai patrimoni individuali di ciascuno". In tal senso si rimanda a VIGLIONE, *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare*, Milano, 2005, 13 ss..

STUDI E OPINIONI

SEPARAZIONE PATRIMONIALE

esecutive sulla porzione di patrimonio separata da parte dei creditori del patrimonio originario, individuando così, nei soli creditori particolari, la titolarità di azioni volte al soddisfacimento delle proprie pretese creditorie.

Classificabili sia sotto un punto di vista soggettivo che sotto un profilo oggettivo, le figure di maggiore interesse previste dal nostro sistema e, in relazione al caso di specie, maggiormente efficaci al fine di salvaguardare il patrimonio immobiliare dai possibili rischi ad esso riferibili in relazione all'attività commerciale, risultano essere il fondo patrimoniale, gli atti di destinazione e il trust.

Di tali istituti si procede alla seguente trattazione.

2. Il fondo patrimoniale

Il fondo patrimoniale, così come statuito dagli art. 167 e s.s. Cod. civ., è configurato come l'istituto in virtù del quale “*determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri [2647, 2685] o titoli di credito*” vengono esclusivamente destinati a far fronte ai bisogni del nucleo familiare.

Tale figura rientra quindi, insieme all'usufrutto legale, alle fondazioni di famiglia, al fedecommesso assistenziale e al *trust* familiare², nella categoria dei negozi di destinazione finalizzati all'interesse della famiglia e costitutivi di un patrimonio separato benchè, poiché sfornito di una propria soggettività³, non autonomo.

Il fondo patrimoniale è quindi diretto ad imporre, su determinati beni, un “vincolo” di tutela istituito a favore dei componenti del nucleo familiare, che si estrinseca nell'impossibilità, riconosciuta in capo a coloro che vantano una posizione creditizia “terza” rispetto alle obbligazioni contratte per scopi estranei al nucleo familiare, di soddisfarsi sullo stesso⁴.

La costituzione del fondo, che può avvenire su istanza non solo dei coniugi, uno o entrambi congiuntamente, ma anche di un terzo, richiede il requisito oggettivo dell'atto pubblico, requisito che permane anche per l'atto di accettazione posteriore alla costituzione del fondo istituito da un terzo. Sempre in tema di costituzione, il fondo

² Al fine di una ricostruzione sistematica dei vincoli di destinazione previsti dal nostro ordinamento nell'interesse familiare si veda VIGLIONE, *op. cit.*

³ In tal senso ANDREA FUSARO, “*Il trust nell'esperienza giuridica italiana: il punto di vista della giurisprudenza e degli operatori*” (Relazione preparata per l' “*Incontro di studio n. 4823*” dedicato a “*I Patrimoni di scopo: fondo patrimoniale, patrimonio destinato a uno specifico affare e “trust” tra diritto intemo e modelli stranieri*” organizzato dal CSM a Roma, nei giorni 11-13.10.2010), in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2010, 813 ss..

⁴ Il vincolo del fondo patrimoniale implica quindi che i beni destinati non possano essere eseguiti per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti, anche se da entrambi i coniugi, per bisogni estranei alla famiglia, attuando così una limitazione alla responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 Cod.civ.

STUDI E OPINIONI

SEPARAZIONE PATRIMONIALE

patrimoniale può essere costituito, se da un terzo, anche per testamento.

Per ciò che concerne il contenuto del fondo patrimoniale, il vincolo di destinazione può interessare determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri o titoli di credito purché nominativi, ivi compresi i loro frutti e i proventi delle loro alienazioni, finalizzati a far fronte ai bisogni familiari e cioè al soddisfacimento dei diritti di mantenimento, di assistenza e di contribuzione del nucleo familiare⁵.

Con riguardo, infine, alla durata dell'istituto, il fondo patrimoniale, poiché intrinsecamente connesso al perdurare del vincolo matrimoniale, verrà meno alla cessazione dello stesso, fermo restando il perdurare del vincolo in oggetto fino al compimento della maggiore età del figlio ancora minorenni al momento della cessazione del coniugio.

3. Gli atti di destinazione ex art.2645 ter Cod. civ.

L' art. 2645 ter c.c. prevede la possibilità di trascrizione di quegli atti *“in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322 secondo comma c.c.”*.

Tali atti di destinazione, atipici in quanto esclusivamente derivanti dal potere di autodeterminazione contrattuale del o dei disponenti, sono trascrivibili e quindi opponibili, nel loro vincolo, ai terzi creditori, beneficiando in tal modo di una tutela rafforzata e negozialmente derogatoria delle disposizioni di cui all'art. 2740 c.c..

Oggetto della destinazione non sono tanto i beni elencati nell'atto trascritto quanto i diritti vantati su di essi, i quali potranno essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione, potendo così costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915 Cod.civ., primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo.

Sebbene introduttivo di un *favor* nei confronti della libertà negoziale dei contraenti, l'istituto di cui all'art. 2645 ter c.c. reca con sé alcune problematiche sistematico-interpretative che ne riducono significativamente l'utilizzo pratica.

Nello specifico, oltre ai profili di natura prettamente dottrinale relativi alla natura sostanziale o meno dell'istituto in questione⁶, al contenuto del vincolo (che

⁵ Per tale ragione di tutela, utile è sottolineare come il divieto di alienazione dei beni del fondo imposto dall'art. 169 Cod. civ., derogabile in fase di costituzione del fondo, è modificabile dal consenso di entrambi i coniugi e, nel caso vi siano figli minori, con l'intervento dell' Autorità giudiziaria e solo in caso di necessità e utilità evidente.

⁶ In tal senso, per un estratto sull'ampio dibattito dottrinale, si vedano, tra gli altri, richiamati altresì da A. FUSARO, *op. cit.*, DE NOVA, *Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, relazione presentata al

STUDI E OPINIONI

SEPARAZIONE PATRIMONIALE

ricomprerebbe non solo atti di destinazione traslativa ma anche di destinazione statica e di autodesignazione)⁷, alla natura costitutiva⁸ o dichiarativa⁹ della pubblicità richiesta¹⁰ e alle modalità di adempimento della stessa (ci si domanda se il vincolo debba essere trascritto solo nei confronti dell'autore della destinazione oppure anche a favore del beneficiario), di grande rilevanza pratica è la questione relativa alla definizione della meritevolezza¹¹ dello scopo e della liceità dello stesso.

Attesa infatti l'imprescindibilità di tali requisiti (per quanto non sia ancora chiaro se la mancanza degli stessi comporti l'invalidità dell'atto o la semplice inopponibilità del vincolo), utile è in tal sede sottolineare come tale concetto, di confini vaghi e non concretamente definibili, esponga, nei fatti, il soggetto agente a quel profilo di rischio consistente nella sindacabilità, in sede notarile o giudiziale, dell'interesse perseguito, della correlata limitazione di responsabilità patrimoniale del debitore e della conseguente compressione dell'azione esecutiva dei creditori interessati.

4. Il trust

Principale strumento di segregazione patrimoniale, il trust, istituto di origine anglosassone¹², consente di destinare al di fuori delle ipotesi codicistiche tipizzate dal legislatore nazionale e delle fattispecie atipiche di cui al 2645 ter c.c., una parte del proprio patrimonio a determinate attività o determinati fini, così da renderlo separato e

seminario *Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*; OPPO, *L'atto negoziale di destinazione*, relazione alla tavola rotonda di Roma del 17.3.2006, ora in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, cit, 3 ss..

⁷ In tal senso, GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, www.judiciu.it, 8.

⁸ In tal senso, SPADA, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, relazione alla tavola rotonda del 17.3.2006 cit.

⁹ In tal senso, MIRZIA BIANCA, *Novità e continuità dell'atto di destinazione*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art.2645 ter del codice civile*, Milano, 2007.

¹⁰ In argomento si veda R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, *CeI.*, 2006, 6, 1725 ss..

¹¹ Per uno sguardo approfondito sui concetti di meritevolezza dello scopo e liceità, si rimanda, tra gli altri, a A. FUSARO, op. cit..

¹² Il trust è un istituto proprio di altri ordinamenti ed in particolare dell'ordinamento inglese e della tradizione del common law, privo di equivalenze concettuali nella civil law. In tal senso, del tutto pacifico in dottrina e giurisprudenza, v. per tutti G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2000, p. 133 ss.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, nel *Trattato di dir. Civ. e comm. dir.* da CICU, MESSINEO e MENGONI, Milano, 1995, p. 609 ss., spec. P. 646 ss..

STUDI E OPINIONI

SEPARAZIONE PATRIMONIALE

“protetto” dalle vicende giuridiche relative al patrimonio di origine^{13, 14}.

In virtù della Convenzione dell’Aja e della legge nazionale di recepimento n. 68/1989¹⁵, il trust non è più “*mero istituto con effetti solo riconosciuti nell’ordinamento italiano, bensì modello giuridico autonomo*” oggetto di “*numerose e spurie filiazioni tecniche da parte del legislatore italiano recente*”.¹⁶

Tale fattispecie, di sempre maggiore utilizzo nel nostro paese anche in virtù dell’estrema duttilità di forme della quale è foriera, attua un particolare effetto segregativo, costitutivo di una nuova forma di proprietà “finalizzata”, in virtù del quale il disponente conferisce i beni al fiduciario esclusivamente perché siano vincolati al raggiungimento dello scopo in precedenza pattuito e, soprattutto, a condizione che restino separati dal patrimonio personale del trustee, pena la mancanza di causa dell’accordo e la nullità¹⁷ del rapporto contrattuale.¹⁸

¹³ “*La causa del trasferimento al trustee è la segregazione “fiduciaria” dei beni e l’attuazione del programma anch’esso “fiduciario” enunciato nel negozio istitutivo del trust: essa va enunciata nei susseguenti negozi di trasferimento di beni dal disponente al trustee*”, così M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 1997, p. 481, che già sottolineava come “*La causa del negozio istitutivo di trust è il programma della segregazione di una o più posizioni soggettive, o di un complesso di posizioni soggettive unitariamente considerato (beni del trust) per la tutela di interesse che l’ordinamento ritiene meritevoli di tutela (scopo del trust).*”

¹⁴ Effetto ordinario del trust è la segregazione, che non consiste nell’arbitrario accantonamento di risorse bensì in un’attività funzionale alla salvaguardia di interessi meritevoli di tutela. Così LUPOI, *Perché il Trust in Italia*, in *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, atti del convegno svolto a Genova il 15 febbraio 2003.

¹⁵ Come affermato da LUPOI, *Op. cit.*, “*Quando una soluzione proviene da un sistema diverso siamo dinanzi al fenomeno che ho proposto di denominare “flusso giuridico”. Si ha un flusso giuridico quando si osserva un dato estraneo al proprio sistema e si percepisce che esso offra la risposta a interrogativi che il proprio sistema lascia o inascoltati o insoddisfatti. I trust sono certamente un flusso giuridico e stiamo assistendo alla sua metabolizzazione. Essa presenta una particolarità sotto il profilo comparatistico: all’origine del flusso è una legge, quella che ha autorizzato la ratifica della Convenzione de L’Aja del 1 luglio 1985 e la legge regolatrice dei trust*”.

¹⁶ Come definito dal CSM nelle giornate di studio sui trust (luglio 2003).

¹⁷ In tal senso M. LUPOI, *I trusts nel diritto civile*, Torino, 2004, p. 294, secondo cui “*l’esercizio del potere è nullo qualora esso sia motivato da una finalità non coerente con l’attribuzione del potere stesso*”.

¹⁸ Come osservato da S. LEUZZI, *Trust e mezzi di tutela in rapporto al “vincolo obbligatorio”*, in *Trusts e attività fiduciarie*, Luglio 2011, 377 ss., “*Nel trust, infatti, il trustee non usa e non dispone liberamente per sé dei beni traslatigli, facendogli capo un obbligo di amministrazione e reinvestimento, che esige il rispetto di determinati standards di diligenza e che appare indirizzato alla realizzazione di una finalità previamente impressa dal disponente*”. Proprio con

STUDI E OPINIONI

SEPARAZIONE PATRIMONIALE

In estrema sintesi, l'istituto del trust¹⁹ si sviluppa nell'identificazione di tre figure fondamentali, e cioè nel disponente (*settlor*), nell'amministratore (*trustee*) e nel o nei beneficiario/i (*beneficiary*), con la possibilità di nomina, se dal caso, di un quarto attore, identificato nel guardiano (*protector*). Solo nel caso del c.d. trust autodichiarato il disponente e l'amministratore coincidono in un unico soggetto.

Nello specifico, il flusso interno a tale figura comporta che il disponente trasferisca beni e diritti all'amministratore, titolare del c.d. *legal title*, il quale li amministra negli interessi di più beneficiari, titolari del c.d. *beneficial interest*.

Proprio in virtù di tale "dissociazione del titolo" gravante sui beni in trust si viene pertanto a configurare la creazione di un patrimonio vincolato e come tale distaccato rispetto ai beni residui componenti il patrimonio del disponente, del trustee e dei beneficiari con la conseguente impossibilità, per i creditori di questi, di soddisfarsi sui beni oggetto di destinazione.²⁰

Con specifico riferimento ai singoli creditori, mentre, per ciò che riguarda il disponente, i creditori dello stesso non potranno accedere ai beni *on trust* a meno che non dimostrino gli esclusivi intenti frodativi²¹ del *settlor* al momento dell'istituzione del trust stesso, utile è sottolineare come i creditori dei beneficiari, non potendo aggredire la

riferimento all'individuazione di tali standards, come richiamato in nota dallo stesso autore nell'opera citata, "sarà necessario fare riferimento all'elaborazione inglese e americana, sia legislativa che giurisprudenziale. Il *Trustee Investments Act* inglese del 1961 ha rielaborato gli standards di diligenza nella amministrazione del trust. Negli U.S.A. la diligenza del trustee è regolata da norme statali e non federali e, tuttavia, nel 1994, l'*American Bar Association* ha approvato l'*Uniform Prudent Investor Act* che codifica le regole cui si devono attenere i trustees. In giurisprudenza, è utilissima la disamina di: *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. Ltd.* High Court of England and Wales, Chancery Division, 15.1.1980 (in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 456) ove viene "scoperta" la c.d. "prudent man rule", una sorta di "diligenza del buon padre di famiglia" applicata al campo degli investimenti finanziari.

¹⁹ Che, in relazione alla legge applicabile scelta dalle parti, è detto trust interno (trust che vincolano beni in Italia e sono istituiti da italiani ma sono disciplinati da una legge straniera) o trust di diritto interno o di diritto italiano (trust disciplinati dalla legge italiana).

²⁰ Con riferimento alle modalità operative e alle peculiarità della segregazione patrimoniale cfr. M. PETRULLI, F. RUBINO, *Il Trust, nozione giuridica e operatività del sistema italiano*, 2006, p. 62 ss..

²¹ Come riportato, in nota, da S. LEUZZI, *Op. cit.*, "nel diritto anglo-americano è considerato "fraud", ossia abusivo, l'esercizio di un potere per uno scopo differente da quello per il quale esso è assegnato. Sulla nozione giurisprudenziale di fraud, in rapporto all'azione che ne deriva contro il trustee, cfr. *Allen v. Columbus Bank Trust Company, Georgia, Court of Appeals*, 31.5.2000, (in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, 411); *Barlow Clowes International Ltd., Hamilton and Jordan v. Eurotrusts International Ltd., Henwood and Sebastian, Isola di Man, Common Law Division*, 26 luglio 1996 (in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 101).

STUDI E OPINIONI

SEPARAZIONE PATRIMONIALE

trust property, possano però soddisfarsi sul c.d. *beneficial interest* (la posizione di beneficiari dei loro debitori) oltre al reddito eventualmente erogato dal trustee nei loro confronti.

Infine, con riferimento all'amministratore, sul quale gravano precisi obblighi volti all'identificazione e non commistione dei beni oggetto di vincolo con il proprio patrimonio (riscontrabili in quelle *duty not to commingle the trust property* e *duty to earmark the trust property*, che, insieme alla *duty of care* e alla *duty of loyalty* costituiscono gli obblighi essenziali in capo allo stesso gravanti), la *trust property* è preclusa a tutti i creditori del *trustee*, purchè questi non abbiano con esso contratto in ragione del trust.²²

L'atto istitutivo del trust²³, per il quale, oltre la forma scritta, non è richiesto alcun requisito formale particolare - pur essendo, per prassi, frequente il ricorso, almeno per ciò che concerne i trust interni, all'autenticazione notarile o alla stipulazione dell'atto istitutivo nella forma dell'atto pubblico - esige al fine della propria validità l'indicazione di quelle tre certezze corrispondenti alla *certainty of intention* (certezza circa l'intenzione effettiva di istituire un trust), alla *certainty of subject matter* (certezza circa la proprietà su cui esso insiste) e alla *certainty of objects* (certezza circa i beneficiaries cui debba essere erogato il reddito).

Per ciò che concerne, infine, la durata del trust, utile è sottolineare come, fermo restando il rispetto della normativa applicabile scelta dall'attore e regolatrice della fattispecie concreta, alla luce dell'estrema duttilità della struttura contrattuale dell'istituto, la stessa non sia predeterminata e possa venire indicata nell'atto istitutivo sia con una specifica previsione temporale sia con l'identificazione di una o più condizioni, anche meramente potestative, riconosciute a favore del settlor e da cui far dipendere la cessazione degli effetti di quanto previsto nell'atto istitutivo.

Tale libertà di previsioni investe altresì l'istituto della revoca, normalmente non ricorrente nelle ipotesi in oggetto, ma assolutamente ammissibile per il tramite di previsioni specifiche indicate nell'atto istitutivo e volte a prevederne casi e modalità di esercizio.

5. L'azione revocatoria ordinaria: cenni

L'art. 2901 del Cod. Civ. recita:

²² Con riferimento ai *duties* si veda, tra gli altri, *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, a cura di D. ZANCI, Giappichelli, Torino, 2009.

²³ Circa la qualificazione giuridica dell'atto istitutivo di trust si rimanda, per un esame complessivo, a M. LUPOI, *Istituzioni del Diritto dei Trust e degli Affidamenti Fiduciari*, CEDAM, 2011, 5 ss.

STUDI E OPINIONI

SEPARAZIONE PATRIMONIALE

«Il creditore [...] può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio coi quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni quando concorrono le seguenti condizioni:

1) che il debitore conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore o, trattandosi di atto anteriore al sorgere del credito, l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento;

2) che, inoltre, trattandosi di atto a titolo oneroso, il terzo fosse consapevole del pregiudizio, e, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, fosse partecipe della dolosa preordinazione.

L'inefficacia dell'atto non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi in buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione».

Attraverso la suddetta previsione, applicabile ad ogni atto di disposizione del patrimonio, l'ordinamento ha inteso tutelare, in ottica conservativa e non recuperatoria²⁴, l'interesse creditorio di quei soggetti che, a causa dal comportamento fraudolento del debitore, potrebbero subire un danno patrimoniale.

Tale azione, da contestualizzare in relazione agli istituti sopra esaminati - connotati, oltre che dalla unilateralità, altresì dalle caratteristiche di gratuità e unilateralità - richiede, al fine della propria corretta azionabilità da parte del creditore:

- che dall'atto derivi un pregiudizio per il creditore (c.d. eventus damni), nel senso che, a seguito dell'atto di disposizione del patrimonio, si possa concretizzare il pericolo che il debitore non adempia all'obbligazione e che l'azione esecutiva esperita nei suoi confronti si riveli infruttuosa;
- che il debitore:
 - se il credito era già sorto, fosse a conoscenza di tale pregiudizio;oppure
 - nel caso in cui l'atto sia anteriore al sorgere del credito, che tale atto fosse dolosamente preordinato a pregiudicarne il soddisfacimento (c.d. consilium fraudis). In tal caso, si richiede che ci sia una chiara volontà non di creare un pregiudizio in termini generali ma in termini specifici, ad un particolare creditore

Verificatesi tali circostanze, interverrà quindi a favore del creditore quella dichiarazione costitutiva di inefficacia di cui al comma 1 dell'art. 2901 c.c., riguardante

²⁴ In quanto diretta alla riduzione in pristino del patrimonio del debitore. In tal senso chiara è la posizione della Suprema Corte come testimoniato, tra gli altri, da Cass., 25 maggio 2001, n. 7127, in Mass. Giust. civ., 2001, 1055; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1804, in Giur. it., 2000, c. 2904; Cass., 25 gennaio 2000, n. 791, in Mass. Giust. civ., 2000, 130.

STUDI E OPINIONI

SEPARAZIONE PATRIMONIALE

unicamente la possibilità, riconosciuta allo stesso, di ottenere una dichiarazione volta a far cessare l'effetto di quegli atti di disposizione che, ancorché validi, gravano sul patrimonio del debitore in modo tale da arrecare pregiudizio alla garanzia patrimoniale e alle pretese creditorie del soggetto agente²⁵.

Con specifico riferimento all'istituto del *trust*, le disposizioni in oggetto sono poi da correlare ai c.d. *trust* interni o di diritto interno, e cioè nei casi in cui gli elementi soggettivi ed oggettivi richiesti dalla fattispecie di cui all'art. 2901 c.c. siano ricollegabili al nostro ordinamento, circostanza, questa, che si verifica solo laddove il disponente sia soggetto allo stesso e/o i beni di cui in oggetto si trovino sul territorio dello Stato italiano.

Infine, sempre sull'esperibilità dell'azione revocatoria, si deve rammentare che tale azione si prescrive, ai sensi dell'art. 2903 c.c., in cinque anni a partire dalla data dell'atto. Decorso tale termine – salvo ovviamente che il creditore abbia effettuato atti idonei ad interrompere la prescrizione (invio di lettere raccomandate, etc) – non vi è più alcuna possibilità di procedere con tale strumento.

6. Fondo patrimoniale e *trust*: analisi comparativa conclusiva.

Alla luce di quanto sopra descritto è utile, in conclusione, procedere ad una breve analisi comparativa²⁶ degli istituti in precedenza descritti, con specifico riferimento al rapporto intercorrente tra fondo patrimoniale e *trust*.

Tali due figure, che si caratterizzano come negozi istitutivi e di trasferimento, sebbene accomunate, in virtù di molteplici elementi di connessione, nella categoria di quei “patrimoni separati” volti alla istituzione di un vincolo segregativo su determinati beni del disponente²⁷, presentano infatti particolari tratti distintivi e di peculiarità che si concretizzano, nello specifico, in una tendenziale staticità dell'istituto del fondo patrimoniale²⁸ - sebbene figura fisiologicamente temporanea²⁹, in quanto regime

²⁵ Di senso opposto è invece l'azione revocatoria fallimentare che si inserisce in una procedura esecutiva già in atto e il cui accoglimento non si limita alla restituzione del bene trasferito all'amministrazione del fallimento.

²⁶ Per una dettagliata analisi comparativa degli istituti del fondo patrimoniale e del *trust* si rimanda a Maria Luisa Cenni, *Trust e fondo patrimoniale*, in *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, atti del convegno svolto a Genova il 15 febbraio 2003

²⁷ In tal senso si veda M. LUISA CENNI, *Trusts e fondo patrimoniale in Trusts e attività fiduciarie*, 2001, 523.

²⁸ Nel fondo patrimoniale, per esempio, la destinazione giustificativa della separazione patrimoniale è stabilita dal legislatore, contrariamente a quanto avviene nel *trust* dove tale previsione è rimessa alla volontà del disponente che la concretizzerà nell'atto istitutivo del negozio. Tale *favor* nei confronti della volontà del disponente configura quindi la prima, grande differenza intercorrente tra questo istituto e quello del “fondo”, che, dal canto suo, presenta

STUDI E OPINIONI

SEPARAZIONE PATRIMONIALE

matrimoniale che presuppone l'attualità del vincolo matrimoniale stesso – e in una maggiore duttilità e praticità del *trust*.

Nello specifico, utile è sottolineare come il fondo patrimoniale si caratterizzi essere un istituto più debole rispetto al *trust*, sia sotto l'aspetto della tutela dei familiari beneficiari, soprattutto se figli, sia sotto l'aspetto della “segregazione del patrimonio”.

Tale affermazione può essere dedotta da diversi elementi propri di tali figura quali, tra gli altri:

- la discrezionalità lasciata ai coniugi nel decidere circa l'amministrazione e la disposizione dei beni del fondo;
- l'assenza di previsione di un meccanismo surrogatorio (anche se in tempi recenti affermato univocamente dalla giurisprudenza);
- l'incertezza del rimedio applicabile nel caso di cattiva amministrazione da parte di uno o entrambi i coniugi.

Altresì rilevanza assumono, oltre che gli elementi strutturali sopra indicati, i seguenti aspetti di rigidità tipici del fondo patrimoniale di cui è utile ribadire il rilievo:

- la necessità di atto pubblico (o di testamento, nel caso sia un terzo il soggetto costituente);
- la presenza di una famiglia legittima; il fondo patrimoniale può essere costituito anche prima del matrimonio ma in tal caso l'efficacia dello stesso è subordinata alla celebrazione del rito di coniugio. Parimenti legato alla vicende coniugali è, come già esposto, il tema della durata del fondo, fisiologicamente legata alla durata del vincolo coniugale, sempre salva l'ipotesi di ultrattività di cui all'art. 171 c.c.³⁰;
- la delimitazione *ex lege* dei soggetti che possono istituire il fondo (coniugi o terzo) e dei beni oggetto del vincolo (immobili, mobili registrati o titoli di credito vincolati in quanto resi nominativi);
- il principio di contitolarità dei beni, o meglio dei diritti conferiti in fondo e la parità di quote (che non implica comproprietà stante la possibilità per il costituente di riservarsi la proprietà);
- le regole di amministrazione modellate su quelle della comunione legale;
- il dovere di destinazione dei frutti e delle utilità tratte dai beni oggetto alle necessità della famiglia;
- la disciplina della responsabilità del fondo;

degli elementi strutturali, normativamente previsti, che costituiscono altrettante cause di rigidità nell'utilizzo pratico dell'istituto.

²⁹ M. LUISA CENNI, *Op. cit.*

³⁰ M. LUISA CENNI, *Op. cit.*

STUDI E OPINIONI

SEPARAZIONE PATRIMONIALE

- il limite posto dall'art. 170 c.c. all'esecuzione sui beni e sui frutti del fondo, che non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia;
- l'incertezza interpretativa relativa ai connotati dell'istituto in oggetto.

E' proprio in relazione a quest'ultimo profilo che pare utile sottolineare, infine, come la scarsa disciplina legislativa e il modesto (e spesso distorto) utilizzo pratico dell'istituto in oggetto, non abbiano apportato ad oggi sufficienti sviluppi atti all'attuazione di una più netta delimitazione della fattispecie di cui agli artt. 167 ss. c.c..

Tale incertezza interpretativa, assente per ciò che concerne la figura del trust e, nello specifico, connessa alla mancanza di un'univoca definizione del concetto di "bisogni familiari", espone quindi il fondo patrimoniale ad una maggiore aleatorietà definitoria e ad un conseguente aumento del profilo di rischio allo stesso connesso³¹.

7. Considerazioni finali.

Alla luce di quanto sopra descritto è utile trarre le seguenti considerazioni conclusive.

Gli istituti del fondo patrimoniale e del trust si presentano entrambi come potenzialmente consoni alla realizzazione di quel vincolo di destinazione individuato quale strumento ideale di segregazione e, quindi, protezione di determinati beni dalle pretese creditorie di terzi.

Nello specifico, a seguito della breve analisi comparativa svolta, è necessario sottolineare come il ricorso al fondo patrimoniale possa risultare non solo limitativo ma altresì dannoso in quanto, in sede di eventuale contestazione, più facilmente sindacabile.

Non di meno, la rigidità di forme e requisiti imposti dal legislatore nella delimitazione e definizione degli elementi costitutivi del fondo patrimoniale, rende tale fattispecie di scarso rilievo pratico, tanto più se contrapposto alla libertà e alla duttilità propria dell'istituto del trust, per il quale, giova ricordarlo, la libertà del *settlor* è tale da poter identificare la legge applicabile all'instaurando rapporto fiduciario.

L'istituto del *trust*, infatti, perfettamente modellabile sulle esigenze del disponente, si presenta, ad oggi, come lo strumento maggiormente consono alla disciplina di situazioni complesse o non perfettamente sussumibili nelle disposizioni codicistiche volte all'istituzione di una segregazione patrimoniale.

³¹ M. LUISA CENNI, *Op. cit.*

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEX LINKED *

La relazione prende in esame le polizze di assicurazione sulla vita, ove *l'obbligazione del contraente consiste nel versamento di un premio unico o periodico e quella dell'impresa di assicurazione nel pagamento di una somma di denaro – sotto forma di capitale o di rendita – al verificarsi di un evento attinente alla vita umana (ad esempio, morte o sopravvivenza).*

di **LUCIANO MATTEO QUATTROCCHIO**

1. Premessa. L'ambito dell'indagine

L'art. 1882 c.c. definisce il contratto di assicurazione nei seguenti termini: «*L'assicurazione è il contratto col quale l'assicuratore, verso pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana*». La prima parte della norma si riferisce all'assicurazione contro i danni, analiticamente disciplinata dai successivi artt. 1904 ss. c.c.; la seconda parte all'assicurazione sulla vita, regolamentata dagli artt. 1919 ss. c.c..

La presente relazione si limita all'esame dell'assicurazione sulla vita, ove – come è noto – l'obbligazione del contraente consiste nel versamento di un premio unico o periodico e quella dell'impresa di assicurazione nel pagamento di una somma di denaro – sotto forma di capitale o di rendita – al verificarsi di un evento attinente alla vita umana (ad esempio, morte o sopravvivenza).

Oggetto del contratto di assicurazione sulla vita è – dunque – la copertura di un rischio, inteso come pregiudizio economico derivante dal verificarsi di un evento incerto, attraverso la promessa del pagamento di una somma incerta nell'*an* e nel *quando*.

Tradizionalmente, la prestazione dell'impresa di assicurazione – come si avrà modo di illustrare – era, al contrario, certa nel *quantum*, giacché quantificata sulla base di un tasso di interesse (il c.d. tasso tecnico), predeterminato sin dalla stipulazione del contratto.

Tale ultima circostanza ha indotto a ritenere che il c.d. rischio finanziario dell'operazione assicurativa fosse integralmente assunto dall'impresa di assicurazione,

* Relazione presentata durante un incontro di studio in tema di “*Polizze Unit Linked e Index linked*”, presso il Consiglio Superiore della Magistratura a Roma il 18 settembre 2012.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

poiché al contraente veniva garantito un certo capitale o una certa rendita al termine del rapporto contrattuale.

L'incertezza in ordine all'*an* era, invece, determinata dal c.d. rischio demografico (ossia il rischio attinente alla durata della vita umana, consistente nella morte o sopravvivenza del contraente), che faceva comunque capo all'impresa di assicurazione, la quale procedeva ad una sua stima attraverso l'applicazione di tecniche statistiche e probabilistiche.

In tale contesto, sin dagli albori, è stato posto in evidenza il carattere previdenziale dell'assicurazione sulla vita, in quanto volto a soddisfare l'esigenza – in capo al contraente (*rectius* beneficiario) – di garantirsi una somma di denaro al verificarsi di un evento futuro.

Come si avrà modo di vedere, le polizze *unit linked* e *index linked* possono essere inquadrare nella categoria dei contratti di assicurazione sulla vita, ove peraltro la componente aleatoria spesso non si limita al *quando* della prestazione dell'impresa assicuratrice, ma investe anche l'*an* ed il *quantum*; tale circostanza è legata al fatto che il rendimento non è fisso né predeterminato, ma legato (*linked*) all'andamento di entità di riferimento (v. *infra*), e viene quantificato solo a posteriori sulla base dei risultati dell'investimento dei premi.

Il fatto che, in taluni casi, il rischio finanziario – determinato dalla variabilità della prestazione dell'impresa di assicurazione – non sia assunto da quest'ultima ma rimanga in capo al contraente ha indotto la recente giurisprudenza – tra l'altro – a sollevare il dubbio in ordine all'effettiva natura del contratto, giungendo alla conclusione che – quantomeno in taluni casi – le polizze *linked* debbano essere qualificate alla stregua di prodotti finanziari, facendone poi discendere una serie di conseguenze in relazione alla disciplina applicabile.

Al fine di offrire gli strumenti tecnici necessari per una corretta comprensione delle polizze in oggetto, così da agevolare la qualificazione giuridica, si è ritenuto di richiamare – in forma elementare – le nozioni di matematica attuariale e di tecnica assicurativa, utili allo scopo.

E' parso, altresì, utile prendere le mosse dalla genesi di tali prodotti, al fine di sottolineare come gli stessi perseguano una finalità aggiuntiva rispetto ai tradizionali contratti di assicurazione sulla vita, e cioè non solo previdenziale, ma anche – per certi versi – speculativa; circostanza quest'ultima che – come già si è detto – conduce ad incertezza (anche) in ordine al *quantum* della prestazione dell'impresa di assicurazione.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

2. Richiami di matematica finanziaria e attuariale¹

2.1. Nozioni elementari: interesse e tasso di interesse

L'interesse è un valore assoluto e costituisce il “costo finanziario” del capitale. Esso è calcolato in funzione del capitale, del tasso di interesse e del periodo di maturazione.

Il tasso di interesse è una misura relativa e corrisponde – nella sua nozione elementare – all'incidenza dell'interesse – “costo finanziario” del capitale – sul capitale medesimo. Esso viene normalmente espresso in misura percentuale.

Si ponga, peraltro, attenzione alla circostanza che la locuzione “per cento” potrebbe indurre ad un errore applicativo. Infatti, l'espressione 10% (dieci per cento) deve essere interpretata – dal punto di vista matematico – nel senso di 10/100 (dieci diviso cento), e, cioè, della misura relativa di un interesse pari a 10 rapportato ad un capitale pari a 100; con l'ovvia conseguenza che 10% equivale a $10/100 = 0,10$.

2.2. Definizione di “operazione finanziaria”

Un'operazione finanziaria consiste nello scambio di somme scadenti in epoche diverse, *certe* nella loro manifestazione e fisse o variabili (in funzione di parametri di natura finanziaria) nel loro importo.

Nelle operazioni finanziarie deve essere verificato il rispetto della condizione di “equivalenza finanziaria”; cioè, di indifferenza (finanziaria) fra le somme – come si è detto *certe* nella loro manifestazione – scadenti in epoca diversa. L'indifferenza è valutata sulla base di un procedimento finanziario indicato con l'espressione “capitalizzazione” – attraverso il quale si trasferisce una somma in avanti nel tempo – ovvero “attualizzazione” – mediante il quale si trasferisce una somma in indietro nel tempo –; a tale fine si utilizza un tasso di interesse detto, a seconda della “direzione”, “tasso di capitalizzazione” o “tasso di attualizzazione”.

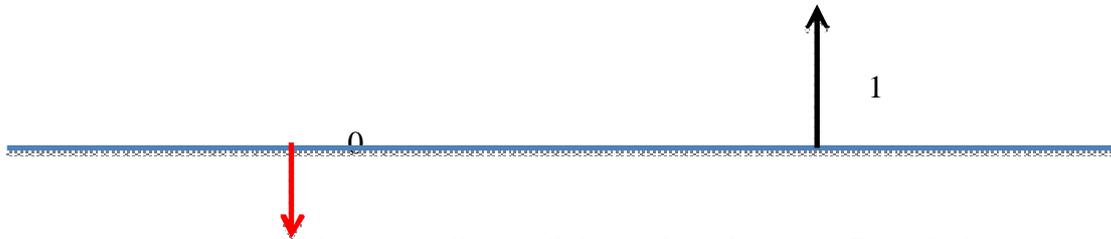
L'operazione finanziaria più semplice è costituita dallo scambio di una somma scadente in una certa epoca con un'altra somma scadente in epoca diversa.

¹ I richiami di matematica attuariale sono stati tratti dai materiali gentilmente forniti dal Prof. Giulio DIALE, Docente del Corso di “*Matematica finanziaria e attuariale*” presso l'Università di Torino.

Per ulteriori approfondimenti, si rinvia ai seguenti, principali testi: PITACCO E., *Elementi di matematica delle assicurazioni*, Trieste, 2001; PITACCO E., *Matematica e tecnica attuariale delle assicurazioni sulla durata di vita*, Trieste, 2002; OLIVIERI A.-PITACCO E., *Introduction to Insurance Mathematics*, Berlino, 2011.

RELAZIONI A CONVEGNI

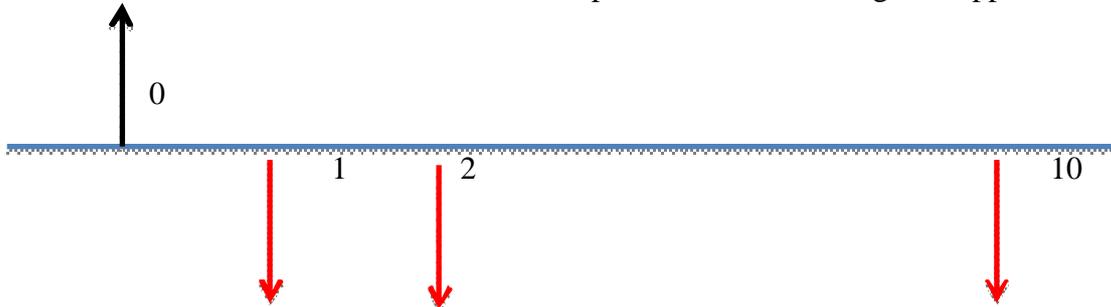
POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED



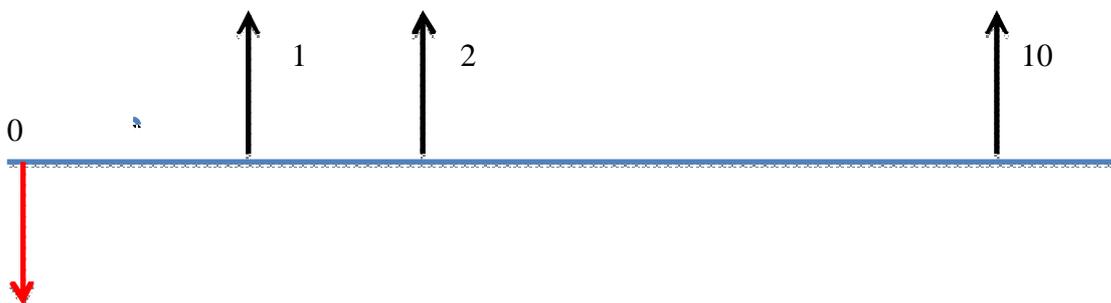
In tale caso, il rispetto della condizione di equivalenza finanziaria presuppone l'esistenza di un tasso di interesse sottostante, di capitalizzazione o di attualizzazione – detto tasso interno di rendimento –, che rende indifferente le due somme scadenti in epoche diverse. Ovviamente, in tale caso, il tasso di interesse – pur costituendo il “costo finanziario” dell'operazione – viene calcolato attraverso un procedimento complesso.

Un'operazione finanziaria un po' più articolata è quella costituita dallo scambio di una somma scadente in una certa epoca con una serie di somme scadenti in epoche diverse, che si realizza – ad esempio – nel caso di finanziamento con rimborso rateale ovvero nell'ipotesi di costituzione di un capitale.

Il finanziamento con rimborso rateale può essere come di seguito rappresentato:



La costituzione di un capitale può avere la seguente rappresentazione:



Il concetto di equivalenza finanziaria, nelle operazioni finanziarie più complesse sopra rappresentate, non muta: si tratta sempre di indifferenza (finanziaria) fra somme – in questo caso più numerose – scadenti in epoca diversa.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

2.3. Definizione di “operazione attuariale”

Un’operazione attuariale consiste nello scambio di somme scadenti in epoche diverse, *incerte* nella loro manifestazione e fisse o variabili (in funzione di parametri di natura finanziaria) nel loro importo.

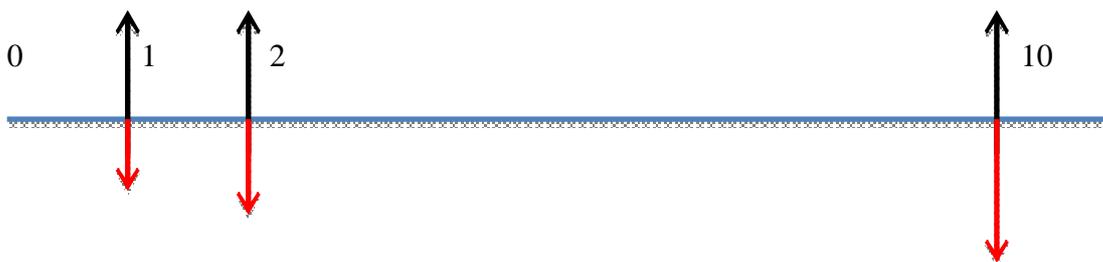
Nelle operazioni attuariali deve essere verificato il rispetto della condizione di “equivalenza attuariale”; cioè, di indifferenza (attuariale) fra le somme – come si è detto *incerte* nella loro manifestazione – scadenti in epoca diversa. L’indifferenza, anche in tale caso, è valutata sulla base del procedimento di “capitalizzazione” ovvero di “attualizzazione”.

La differenza sostanziale rispetto ad un’operazione finanziaria consiste nel fatto che l’“equivalenza attuariale” viene valutata attribuendo un “peso” – costituito dalla probabilità di un evento legato alla vita del contraente (morte o sopravvivenza) – a somme scadenti in epoca diversa; giacché le stesse formeranno oggetto di pagamento – o di incasso, a seconda del punto di vista – soltanto in funzione dell’evento medesimo.

2.4. Le polizze vita tradizionali

Le polizze vita tradizionali rientrano nella nozione di “operazione attuariale”. Un esempio potrebbe essere il seguente: Tizio sottoscrive una polizza vita tradizionale che prevede il pagamento di un capitale al verificarsi dell’evento “morte dell’assicurato entro dieci anni dalla sottoscrizione”.

Nella parte superiore (positiva) dell’asse temporale sono riportati i premi periodici (prestazioni dell’assicurato):



Nella parte inferiore (negativa) dell’asse temporale sono riportati i premi naturali (prestazioni dell’assicuratore), pesate sulla base del rischio demografico.

Come si avrà modo di vedere, i premi di riserva consistono nella differenza fra i premi periodici e i premi naturali.

La condizione di “equivalenza attuariale” è rispettata ove vi sia coincidenza fra il valore attuale – nel caso di attualizzazione delle somme – ovvero il valore capitalizzato – nel caso di capitalizzazione delle somme – dei premi periodici ed il valore attuale (o il valore capitalizzato) dei premi naturali.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

Il tasso di attualizzazione o di capitalizzazione che conduce al rispetto dell'equivalenza attuariale – come si vedrà – è detto “tasso tecnico”.

La condizione di “equivalenza attuariale” implica, quindi, necessariamente la considerazione di due componenti: quella assicurativa, che trova espressione in “pesi” di natura probabilistica o statistica sulla base del rischio demografico, e quella finanziaria, sottesa al procedimento di attualizzazione o capitalizzazione. Sotto il profilo matematico, quindi, si verte nell'ambito delle “operazioni finanziarie” in tutti i casi in cui sia presente – oltre alla componente finanziaria – anche una componente assicurativa (o, meglio, demografica).

2.5. Il contratto di assicurazione

Dal punto di vista della matematica attuariale, il contratto di assicurazione può – dunque – essere visto come un'operazione finanziaria aleatoria – e, cioè, posta in essere in condizioni di incertezza – tra il contraente e l'impresa di assicurazione.

In particolare, l'assicurato assume l'obbligazione di versare un premio quale corrispettivo dell'impegno dell'assicuratore di liquidare un determinato importo – che, almeno in teoria, potrebbe essere incerto nel *quantum* – se e quando un determinato evento si verificherà.

Questa particolare operazione finanziaria si basa sul principio di “equità” (o, meglio, di “equivalenza finanziaria”), nel senso che l'entità del premio deve essere commisurata alla probabilità dell'evento ed al capitale assicurato.

La matematica attuariale si occupa dello studio dei contratti assicurativi, avvalendosi di analisi statistiche, probabilistiche e finanziarie.

2.6. Le assicurazioni sulla vita: concetti generali

Come già si è detto, l'assicurazione presuppone l'esistenza di un rischio basato su un evento futuro ed incerto, nel senso che deve sussistere un'alea in ordine all'*an* – l'evento può verificarsi o meno – ovvero al *quando* – l'evento è sicuro, ma non si sa quando si verificherà – ovvero ancora al *quantum* – la diversa modalità in cui si verificherà l'evento determinerà una diversa prestazione dell'assicuratore.

La condizione di incertezza viene – per così dire – “catturata” in modo diverso a seconda che si versi nell'ambito dell'assicurazione contro i danni ovvero dell'assicurazione sulla vita. Infatti, mentre nel primo caso il premio viene calcolato sulla base di rilevazioni empiriche – e, cioè, osservando in un'opportuna collettività di contratti il numero di sinistri verificatisi ed i relativi danni e risarcimenti – nel secondo esso viene determinato sulla base di tavole statistiche attendibili – le cc.dd. tavole demografiche –.

Altra caratteristica propria dei contratti assicurativi è costituita dalla circostanza che la prestazione dell'assicurato (premio) precede quella dell'assicuratore (capitale assicurato); dal punto di vista dell'assicuratore, gli incassi precedono nel tempo gli

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

esborsi. D'altronde, l'origine etimologica del termine "premio" deriva dalla fusione dei due vocaboli latini *prae* ed *emere*, nel senso di "pagato prima".

Il premio di assicurazione – prestazione cui è chiamato l'assicurato e a fronte della quale l'assicuratore assume un rischio – è calcolata sulla base sia del rischio assunto dall'assicuratore – e, cioè, tenendo conto di ciò che egli dovrà pagare nel caso si verifichi l'evento oggetto di assicurazione – sia del profitto che quest'ultimo intende conseguire, ovviamente al netto delle spese da sostenere.

Il premio può essere pagato in un'unica soluzione alla stipulazione del contratto – ed in tal caso si parla di "premio unico" – ovvero a rate – ed allora si parla correntemente di "premio periodico".

Limitando – come si è detto – l'indagine all'assicurazione sulla vita, l'evento che può dar luogo alla prestazione dell'assicuratore attiene alla vita dell'assicurato e, nelle forme classiche di assicurazione, può consistere nella morte dell'assicurato in un certo intervallo ovvero nella sua sopravvivenza oltre una certa data.

Poiché la prestazione dell'assicuratore (capitale a scadenza) è caratterizzata da incertezza, il premio – invece certo e determinato (almeno nelle forme più semplici), all'epoca della stipulazione del contratto – deve essere calcolato sulla base degli eventuali esborsi futuri a carico dell'assicuratore, "pesati" con le rispettive probabilità, e di un certo tasso di attualizzazione.

Quindi, l'operazione finanziaria (*rectius* assicurativa) è caratterizzata da una componente demografica – avente natura statistica o probabilistica e determinata sulla base delle tavole di sopravvivenza – e da una componente finanziaria – costituita dal tasso di interesse mediante il quale calcolare il valore attuale degli eventuali esborsi futuri.

Nella terminologia attuariale vengono chiamate basi tecniche del prim'ordine la base demografica – e, cioè, cioè la tavola di sopravvivenza, stabilita contrattualmente – e la base finanziaria – ossia il tasso di interesse annuo (detto "tasso tecnico") che l'assicuratore garantisce all'assicurato –.

La prestazione dell'assicurato in termini attuariali è costituita dal premio unico o dal valore attuale del premio periodico; mentre, la prestazione dell'assicuratore è rappresentata dal valore attuale dei possibili esborsi futuri (capitale a scadenza o rendita).

Gli elementi che concorrono alla determinazione del premio sono costituiti – tra gli altri – dal capitale assicurato, dalla durata del contratto e dalle basi tecniche utilizzate.

Come si è detto, per la condizione di "equivalenza finanziaria" fra prestazione dell'assicurato (premio) e prestazione dell'assicuratore (capitale a scadenza), la prima scaturisce dalla seconda, attraverso un opportuno processo di attualizzazione, tenuto conto di idonee basi tecniche.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

In particolare, si definisce “premio puro” il valore attuale atteso delle prestazioni dell’assicuratore, calcolato con le basi tecniche del prim’ordine. L’utilizzo di tali basi risulta favorevole per l’assicuratore e incorpora il profitto in capo a quest’ultimo.

Per contro, si definisce “premio equo” il premio calcolato adottando le basi tecniche del second’ordine – base demografica e base finanziaria –, che rende nullo il valore atteso del profitto dell’assicuratore.

Per quanto appena detto, il premio puro dovrebbe risultare maggiore del premio equo e la differenza fra i due è detta caricamento di sicurezza (implicito), e costituisce il valore atteso del profitto dell’assicuratore.

In realtà, l’assicurato paga una somma superiore al premio puro, che comprende il “caricamento per spese” – destinato a coprire le spese di acquisizione del contratto, di incasso dei premi, di gestione, ecc. – e gli eventuali “oneri fiscali”.

Si definisce “premio di tariffa” il premio puro – comprensivo del caricamento di sicurezza (implicito) –, maggiorato del caricamento per spese.

Nella prassi, il pagamento del premio in un’unica soluzione può risultare troppo oneroso per l’assicurato, cosicché il premio unico puro viene suddiviso in rate annue anticipate, dette “premi periodici”. Ovviamente, il valore attuale dei premi periodici deve coincidere con il “premio unico”, così da garantire in ogni caso l’equivalenza attuariale fra prestazioni dell’assicurato (premi periodici) e prestazioni dell’assicuratore (capitale assicurato o rendita).

Sulla base di quanto esposto, il valore attuale dei premi periodici corrisponde alla somma dei valori attuali dei costi attesi e del profitto per l’assicuratore, questi ultimi detti anche “premi naturali”; in altri termini, i premi periodici rappresentano il valore attuale (*rectius* da attualizzare, al fine di ottenere il premio unico) dei costi per l’assicuratore (maggiorato del suo profitto) e corrispondono – in termini attuariali – agli impegni assunti da quest’ultimo, tenuto conto delle basi demografiche e finanziarie, cioè ai premi naturali.

Sotto tale profilo è, dunque, garantita l’equivalenza finanziaria fra premi naturali e premi periodici. Tuttavia, per effetto dello sfasamento temporale fra gli stessi, non è parimenti garantita – sul piano cronologico – la corrispondenza aritmetica tra le prestazioni dell’assicurato (premi periodici) e le prestazioni dell’assicuratore (premi naturali).

Il problema potrebbe essere risolto facendo pagare all’assicurato i premi naturali anziché i premi periodici; tuttavia, dal momento che i primi sono crescenti nel tempo – per effetto della maggiore probabilità che li caratterizza – si preferisce far pagare a quest’ultimo i premi periodici.

La differenza aritmetica – sul piano cronologico – fra premi periodici e premi naturali determina, quindi, la formazione dei cc.dd. “premi di riserva”. Nel caso in cui tale differenza sia positiva, circostanza che si verifica quando l’introito derivante dal

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

premio periodico pagato dall'assicurato è maggiore del "costo" per l'assicuratore, quest'ultimo deve accantonare tale differenza per far fronte alle future deficienze di premio; ove, invece, la differenza sia negativa, il ch  accade quando il "costo" per l'assicuratore   maggiore dell'introito derivante dal premio periodico pagato dall'assicurato, occorre utilizzare gli accantonamenti effettuati in precedenza per far fronte al pagamento delle prestazioni.

Pertanto, il premio periodico pu  essere scomposto in due parti: la prima, corrispondente al rischio del periodo, pari dunque al costo per l'assicuratore; la seconda, corrispondente all'eccedenza (positiva o negativa), che deve essere accantonata in un'apposita riserva oppure prelevata da quest'ultima.

Evidentemente, per la pi  volte richiamata equivalenza finanziaria dell'intera operazione assicurativa – in base alla quale il valore attuale atteso delle prestazioni dell'assicurato (premi periodici) deve essere pari al valore attuale delle prestazioni dell'assicuratore (premi naturali) – il valore attuale dei premi di riserva   uguale a zero.

Come si   detto, i premi di riserva devono essere accantonati in un apposito fondo, chiamato "riserva matematica". Quest'ultima costituisce un valore attuariale, poich  scaturisce dalla differenza di due valori attuariali.

Esistono due criteri applicativi che conducono al calcolo, rispettivamente, della riserva matematica prospettiva e della riserva matematica retrospettiva.

La riserva matematica prospettiva valutata ad una certa epoca   pari alla differenza fra il valore attuariale delle (future) prestazioni dell'assicuratore fino a scadenza ed il valore attuariale dei premi esigibili fino a scadenza. Essendo differenza di valori attuariali, la riserva matematica   anch'essa un valore attuariale.

La riserva matematica retrospettiva, pur costituendo sempre un valore attuariale,   pari all'ammontare utilizzato dei premi versati fino all'epoca di valutazione per far fronte agli impegni intervenuti nello stesso periodo.

Pur muovendo da due prospettive diverse, il calcolo della riserva matematica prospettiva e della riserva matematica retrospettiva conducono, sotto opportune ipotesi come identit  tra basi tecniche, allo stesso risultato.

La riserva matematica (prospettiva), quindi, garantisce – in ogni periodo – l'equivalenza attuariale tra prestazioni dell'assicurato (premi periodici) e prestazioni dell'assicuratore (premi naturali ovvero, pi  propriamente, capitale a scadenza o rendita). Essa, inoltre,   costituita da due componenti: quella demografica – collegata all'aspetto probabilistico del contratto assicurativo – e quella finanziaria – collegato invece all'aspetto puramente finanziario –.

Sul piano temporale, la riserva matematica ha un andamento non costante e, proprio per il fatto di essere costituita (anche) da una componente finanziaria, ove quest'ultima fosse prevalente od esclusiva risulterebbe crescente sino a raggiungere, alla scadenza contrattuale, il valore del capitale assicurato.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

Del pari, il profitto (o utile) dell'assicuratore – “incorporato” nei premi periodici – è influenzato sia dalla componente probabilistica sia da quella finanziaria. Pertanto, l'utile annuo atteso può essere – a sua volta – scomposto in utile demografico e utile finanziario; ove, l'utile demografico assume segno positivo se il rischio sotteso alle basi tecniche del prim'ordine è sovrastimato rispetto a quello sotteso alle basi tecniche del second'ordine, caratterizzate da aspettative più realistiche; e, del pari, l'utile finanziario assume segno positivo se il tasso d'interesse sotteso alle basi tecniche del prim'ordine è inferiore a quello sotteso alle basi tecniche del second'ordine, ancora una volta caratterizzate da aspettative più realistiche.

2.7. Le assicurazioni sulla vita con prestazioni flessibili

Le forme assicurative tradizionali, esaminate nel paragrafo precedente, sono caratterizzate dal fatto che le prestazioni dell'assicurato e dell'assicuratore sono predeterminate all'atto della stipulazione del contratto e, soprattutto, fisse.

Tale circostanza può determinare uno svantaggio in capo all'assicurato per una serie di motivi: *a)* l'inflazione riduce il potere d'acquisto delle prestazioni dell'assicuratore; *b)* il tasso d'interesse tecnico può essere inferiore a quello riconosciuto dal mercato per prodotti finanziari privi di rischio; *d)* sui mercati finanziari sono presenti strumenti più remunerativi, che assumono via via maggiore rilevanza ove la componente finanziaria del prodotto assicurativo assuma prevalenza.

In particolare, in regime di prezzi crescenti – e, quindi, di inflazione – vi è uno scostamento fra tasso nominale e tasso reale, che determina uno svantaggio in capo all'assicurato, giacché egli riceve – in contropartita delle proprie prestazioni – prestazioni dell'assicuratore (erogate in epoca successiva), il cui valore effettivo è inferiore rispetto al valore nominale; circostanza che pregiudica l'equivalenza attuariale nel caso in cui si assuma il tasso d'interesse reale in luogo di quello nominale. Per ovviare allo svantaggio economico derivante dall'inflazione sono nati prodotti assicurativi a prestazioni flessibili, collegate all'andamento del tasso d'inflazione o di opportuni indicatori economico-finanziari.

Anche in assenza d'inflazione, il tasso tecnico garantito all'assicurato può risultare poco remunerativo rispetto al tasso d'interesse riconosciuto per altri strumenti finanziari; ciò anche in considerazione del fatto che il rischio di tasso – e, quindi, anche quello di una sua riduzione nel tempo – rimane in capo all'assicuratore. Ora, poiché i premi periodici vengono calcolati in modo da garantire implicitamente all'assicurato un rendimento pari al tasso tecnico, il differenziale di tasso – positivo o negativo – influisce esclusivamente sull'utile (a consuntivo) dell'assicuratore. Per “arginare” tale effetto sono nati prodotti assicurativi che prevedono la retrocessione all'assicurato di una parte dell'utile finanziario maturato dall'assicuratore.

Infine, poiché i mercati finanziari propongono strumenti finanziari più competitivi, si determina uno svantaggio economico in capo all'assicurato, soprattutto

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

laddove la componente finanziaria del prodotto assicurativo assuma prevalenza. Per ovviare a tale inconveniente, sono nati prodotti assicurativi innovativi, le cui prestazioni sono collegate all'andamento di fondi d'investimento (polizze *unit linked*) o di indici di Borsa (polizze *index linked*), caratterizzati dalla variabilità delle prestazioni sia dell'assicurato sia dell'assicuratore.

Ora, come si è più volte ribadito, secondo i principi della matematica attuariale, deve sempre sussistere l'equivalenza finanziaria fra le prestazioni dell'assicurato (premi periodici) e quelle dell'assicuratore (capitale a scadenza o rendita). O, meglio, l'equivalenza finanziaria fra le prestazioni dell'assicurato e quelle dell'assicuratore è garantita dalla riserva matematica; quindi, ferma quest'ultima, le prestazioni dell'assicurato e quelle dell'assicuratore non possono subire variazioni.

La richiamata equivalenza finanziaria sottende, tra l'altro, il tasso di rendimento – e, cioè, l'utile prospettico – per l'assicuratore. Pertanto, un'eventuale flessibilità delle prestazioni dell'assicuratore – ferme restando le prestazioni dell'assicurato e la riserva matematica – può realizzarsi esclusivamente attraverso la retrocessione di una parte degli utili maturati (a consuntivo) dall'assicuratore.

In alternativa, la flessibilità delle prestazioni dell'assicuratore può realizzarsi – da un lato – attraverso un adeguamento della riserva matematica ovvero mediante una variazione delle prestazioni dell'assicurato ovvero ancora attraverso un *mix* dei due ovvero – dall'altro – per effetto della correlazione delle prestazioni medesime all'andamento di fondi d'investimento (polizze *unit linked*) o di indici di Borsa (polizze *index linked*).

Prendendo in considerazione la prima modalità attraverso la quale le prestazioni dell'assicuratore vengono rese flessibili, si possono prefigurare tre ipotesi alternative:

- a) contratti con prestazioni flessibili dell'assicuratore, che si incrementano periodicamente ad un certo tasso, detto tasso di adeguamento delle prestazioni; evidentemente in tale caso, poiché le prestazioni dell'assicurato non subiscono variazioni lungo la durata del contratto, per ristabilire l'equivalenza attuariale deve essere adeguata la riserva matematica; tale modalità trova riscontro pratico in modelli di incremento delle prestazioni dell'assicuratore mediante partecipazione agli utili di quest'ultimo;
- b) contratti con prestazioni flessibili dell'assicurato, ferma restando la riserva matematica; in tale caso peraltro, come è possibile dimostrare matematicamente, il tasso di incremento annuo delle prestazioni dell'assicuratore è inferiore rispetto a quello delle prestazioni dell'assicurato (premi), di talché tale modalità di adeguamento risulta difficilmente proponibile sul piano commerciale;
- c) contratti con prestazioni flessibili sia dell'assicurato sia dell'assicuratore e con adeguamento della riserva matematica: tale ipotesi trova riscontro pratico sia nelle polizze indicizzate, in cui le prestazioni dell'assicuratore sono correlate all'andamento del tasso di inflazione o di opportuni indicatori economico-

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

finanziari, sia nelle polizze rivalutabili – e, cioè, con premio rivalutabile –, ove viene trasferita una parte dell'utile finanziario dell'assicuratore, a fronte di un incremento dei premi periodici.

2.8. Le polizze *linked*

In tali prodotti, il principio dell'equivalenza attuariale fra le prestazioni dell'assicurato (premi periodici) e quelle dell'assicuratore (capitale a scadenza o rendita) è – per così dire – contaminato dalla variabilità (*rectius* volatilità) di queste ultime, cosicché la loro matrice assicurativa potrebbe – nei fatti – risultare alquanto affievolita; soprattutto ove non sia previsto un rendimento minimo garantito.

Le polizze *unit linked* si “incardinano” normalmente in assicurazioni sulla vita pure o miste. In particolare, tali prodotti sono caratterizzati dal fatto che le prestazioni dell'assicuratore sono espresse in funzione del valore delle quote di un fondo di investimento.

Per contro, le polizze *index linked* sono normalmente “incardinate” in assicurazioni sulla vita miste a premio unico. In particolare, tali prodotti sono caratterizzati dal fatto che le prestazioni dell'assicuratore sono espresse in funzione dell'andamento di indici di riferimento, replicati – nell'economica dell'impresa di assicurazione – attraverso un titolo strutturato composto da un *bond* e da un derivato (v. *infra*).

3. Analisi tecnica dei “prodotti”. Profili di tecnica assicurativa²

3.1. Nozioni di base

Il termine polizza, etimologicamente, significa “promessa”; infatti, la sua radice lessicale risiede nel vocabolo latino *pollicitatio*, promessa appunto.

Nel gergo delle assicurazioni, il termine polizza si usa – tra l'altro – per designare il contratto di assicurazione sulla vita, ove l'assicuratore – a fronte della prestazione resa dall'assicurato (premio unico o premi periodici) – si impegna a rimborsare a quest'ultimo una certa somma – sotto forma di capitale o di rendita – al verificarsi di un certo evento ovvero ad una certa scadenza.

Il premio, al cui versamento è tenuto l'assicurato, può essere unico – cioè corrisposto in un'unica soluzione al momento della sottoscrizione della polizza –

² Il principale documento tecnico di riferimento è costituito dal Quaderno ISVAP n. 5, *Le polizze Index e Unit Linked in Italia*.

Per ulteriori approfondimenti, si vedano: PORZIO C.-PREVIATI D.-COCOZZA R.-MIANI S.-PISANI R., *Economia delle imprese assicurative*, Milano, 2011; FLOREANI A., *Economia delle imprese di assicurazione*, Milano, 2011; MIAMI S. (a cura di), *I prodotti assicurativi*, Torino, 2010.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

ricorrente – ossia versato periodicamente attraverso rate annuali, semestrali, trimestrali o mensili – e premio unico ricorrente che, al pari del ricorrente, viene versato con cadenza periodica, ma ciascun versamento è autonomo e distinto dagli altri.

I “caricamenti amministrativi” sono costituiti dalle provvigioni che l’impresa di assicurazione corrisponde ai canali distributivi per l’acquisizione e il rinnovo dei contratti, dalle somme necessarie per il mantenimento del personale, per la pubblicità dei prodotti e per ulteriori spese amministrative, che integrano le cc.dd. commissioni di gestione.

Nel campo delle assicurazioni che non riguardino i danni, la riserva matematica è l’importo che deve essere accantonato dall’assicuratore per far fronte agli obblighi futuri assunti verso l’assicurato. La sua *ratio* risiede nello sfasamento temporale esistente fra il momento in cui l’assicurato paga il premio e quello in cui l’assicuratore rende la propria prestazione.

Il tasso tecnico – tipico delle assicurazioni sulla vita o miste – è il rendimento minimo che viene riconosciuto dall’assicuratore all’assicurato (o al beneficiario) ed è prefigurato al momento della sottoscrizione del contratto.

3.2. Le assicurazioni sulla vita: tipologie

Le assicurazioni sulla vita perseguono l’obiettivo di soddisfare un’esigenza di tipo economico al verificarsi di un evento attinente alla vita umana. In particolare, a fronte del versamento di un premio (o di premi periodici) da parte dell’assicurato, l’impresa di assicurazione si impegna a corrispondere al beneficiario della polizza un capitale o una rendita nel caso in cui si verifichino determinati eventi relativi alla vita dell’assicurato.

Esistono diversi tipi di assicurazione sulla vita, ciascuno dotato di caratteristiche peculiari. In particolare, esistono assicurazioni caso morte, assicurazioni caso vita ed assicurazioni miste.

Le assicurazioni caso morte prevedono il versamento, da parte dell’impresa di assicurazione, di un capitale o di una rendita in caso di morte dell’assicurato.

Le assicurazioni caso vita sono, per contro, caratterizzate dall’impegno – da parte dell’impresa di assicurazione – di versare un capitale o una rendita al beneficiario nel caso in cui l’assicurato sia in vita alla scadenza prevista contrattualmente.

Le polizze miste combinano alcune delle caratteristiche delle assicurazioni caso morte e caso vita.

3.2.1. Le assicurazioni caso morte

Le assicurazioni caso morte mirano ad eliminare o arginare gli effetti negativi di natura economica che possono conseguire dalla morte dell’assicurato (ad es. decesso del capofamiglia), garantendo un capitale o una rendita nel caso in cui si verifichi tale evento.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

Esistono due tipi di assicurazioni caso morte: le polizze caso morte temporanee e le polizze caso morte a vita intera.

Le assicurazioni caso morte temporanee sono polizze cc.dd. “puro rischio” o “a fondo perduto”, nel senso che, se non si verifica il decesso dell’assicurato entro i termini temporali stabiliti contrattualmente, l’impresa di assicurazione non è tenuta ad alcuna prestazione e i premi versati dall’assicurato restano acquisiti dalla stessa a titolo definitivo. Per contro, l’impresa di assicurazione – nel caso di decesso dell’assicurato (entro i termini temporali stabiliti contrattualmente) – si impegna a versare un capitale od una rendita di consistenza significativamente superiore rispetto alla somma dei premi versati dall’assicurato.

Le assicurazioni caso morte a vita intera sono invece polizze cc.dd. “a prestazione sicura” e prevedono che il capitale o la rendita siano versati al beneficiario in ogni caso, indipendentemente dal momento in cui avvenga il decesso dell’assicurato.

3.2.2. Le assicurazioni caso vita

Le assicurazioni caso vita prevedono che l’impresa di assicurazione garantisca al beneficiario una prestazione (capitale o rendita) nel caso in cui l’assicurato sia ancora in vita alla scadenza del contratto.

Esistono diversi tipi di assicurazioni caso vita: le polizze a rendita immediata; le polizze a rendita differita; le polizze a capitale differito.

Le polizze a rendita immediata sono caratterizzate dal versamento di un premio unico al momento della sottoscrizione del contratto, a fronte dell’impegno, da parte dell’impresa di assicurazione, di corrispondere al beneficiario una rendita immediata.

Le polizze a rendita differita prevedono l’impegno, da parte dell’impresa di assicurazione, di corrispondere al beneficiario una rendita dopo un certo periodo di tempo definito contrattualmente, nell’eventualità che questi sia ancora in vita a quella data.

Le polizze a capitale differito sono caratterizzate dal versamento, da parte dell’assicurato, di un premio unico o di premi periodici e l’impegno, da parte dell’impresa di assicurazione, di corrispondere un capitale al beneficiario nell’eventualità in cui l’assicurato sia ancora in vita dopo una certa data stabilita contrattualmente. Le polizze a capitale differito possono, inoltre, prevedere che l’impresa di assicurazione garantisca al beneficiario la restituzione dei premi versati nel caso in cui l’assicurato non sia in vita al termine del periodo di differimento.

3.2.3. Le assicurazioni miste

Le assicurazioni miste costituiscono una combinazione fra le assicurazioni caso vita e le assicurazioni caso morte.

In particolare, tali assicurazioni prevedono – in analogia con le polizze caso morte – la corresponsione, a favore del beneficiario, di un capitale qualora sopraggiunga

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

la morte dell'assicurato entro la scadenza del contratto; e – in analogia con le polizze caso vita – la corresponsione di un capitale nel caso in cui l'assicurato sia ancora in vita alla scadenza del contratto.

Vi sono due tipologie principali di assicurazioni miste: le polizze miste immediate e le polizze miste a termine fisso.

Nelle polizze miste immediate si prevede che la prestazione “caso morte” sia corrisposta al beneficiario nel momento stesso in cui si verifica la morte dell'assicurato.

Le polizze miste a termine fisso sono, invece, caratterizzate dal fatto che la prestazione “caso morte” viene corrisposta al beneficiario solo al termine della durata contrattuale, anche se la morte dell'assicurato si verifica in epoca antecedente.

Nelle polizze miste il premio viene, normalmente, suddiviso in due parti: la prima destinata a fronteggiare la corresponsione del capitale o della rendita in caso di morte dell'assicurato; la seconda volta a garantire il pagamento del capitale o della rendita nel caso in cui l'assicurato sia ancora in vita alla scadenza del contratto.

3.2.4. La componente demografica e la componente finanziaria

Come è dato evincere dalla sommaria descrizione delle principali caratteristiche delle diverse tipologie di assicurazioni sulla vita, la componente demografica e la componente finanziaria possono avere pesi significativamente diversi.

In particolare, soltanto nelle polizze cc.dd. “pure” la componente demografica raggiunge il proprio apice, giacché l'impresa di assicurazione si impegna a corrispondere un capitale o una rendita di importo significativamente superiore alla somma dei premi versati; e l'entità di questi ultimi viene determinata assumendo a riferimento apposite tavole di mortalità ricavate da statistiche che prendono in considerazione una serie di fattori (ad esempio, sesso, professione ed età dell'assicurato).

In tutti gli altri tipi di polizze, la componente finanziaria assume – via via – maggiore rilevanza, in quanto è prevista – in ogni caso, di morte o di vita dell'assicurato – la corresponsione di un capitale al beneficiario.

Si deve, quindi, ritenere che vi sia la presenza di una componente demografica solo ove il capitale o la rendita – garantita in ogni caso – assuma dimensioni quantitative differenti, a seconda del momento del decesso dell'assicurato. Per contro, nel caso in cui il capitale o la rendita garantiti dall'impresa di assicurazione siano determinati con gli stessi criteri – indipendentemente dal verificarsi dell'evento morte o vita dell'assicurato – la componente demografica risulta del tutto assente.

In tale senso si è espressa l'ISVAP, ove ha precisato che *«sono ricompresi nel ramo III, se direttamente collegati a fondi di investimento ovvero ad indici azionari o altri valori di riferimento, solo i contratti di assicurazione sulla durata della vita umana (punto I), vale a dire i contratti caratterizzati dalla presenza di un effettivo impegno da parte dell'impresa a liquidare, per il caso di sopravvivenza, per il caso di morte o per*

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

entrambi, prestazioni assicurate il cui valore, o quello dei corrispondenti premi, sia dipendente dalla valutazione del rischio demografico»³.

3.3. La genesi delle polizze *unit linked* e *index linked*

Mentre, tradizionalmente, le assicurazioni sulla vita avevano esclusivamente una funzione previdenziale di tutela dell'individuo dai rischi connessi al ciclo della vita, recentemente – da parte delle imprese di assicurazione – è stata posta un'enfasi particolare sulla componente finanziaria delle prestazioni assicurative, con una funzione di intermediazione del risparmio nel tempo.

In un primo tempo, sono state introdotte le polizze indicizzate, caratterizzate dall'apposizione di una clausola in virtù della quale l'entità della prestazione dell'assicuratore era collegata al valore di un indice reale o finanziario, quale l'indice Istat o di Borsa.

Successivamente, sono sorte le polizze rivalutabili, nelle quali la prestazione dell'assicuratore, che prevede – di norma – un tasso minimo di rendimento garantito, è stata parametrata ai risultati di speciali gestioni di titoli, prevalentemente di Stato, acquistati a fronte delle riserve matematiche; ciò anche al fine di contrastare – almeno in parte – il fenomeno della volatilità dei tassi d'interesse⁴.

Successivamente, poiché le politiche economiche e finanziarie adottate dai Paesi europei per aderire alla moneta unica hanno comportato un abbassamento dei tassi d'interesse, è maturata l'esigenza di orientarsi verso nuovi strumenti di investimento, volti principalmente in direzione dei mercati azionari.

In tale contesto, tenuto conto in particolare della crescente concorrenza di strumenti finanziari con orizzonti d'investimento a medio e lungo termine – quali i fondi di investimento –, le imprese di assicurazione sono state indotte ad offrire prodotti che, accanto alla componente puramente assicurativa, valorizzassero nel tempo la componente finanziaria.

Hanno così assecondato le esigenze di diversificazione finanziaria dei risparmiatori, offrendo prodotti assicurativi correlati all'andamento delle borse azionarie, quali le polizze *index linked*, o agganciati all'andamento di fondi d'investimento, quali le polizze *unit linked*.

3.4. Le caratteristiche strutturali delle polizze *unit linked* e *index linked*

3.4.1. Considerazioni generali

In linea generale si può affermare che le polizze *linked* sono prodotti

³ Si veda, in particolare, la Circolare ISVAP 25 maggio 1998 n. 332/D, par. “2) *Classificazione all'interno dei rami assicurativi*”.

⁴ La gestione separata è, dunque, amministrata direttamente dall'impresa assicurativa.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

caratterizzati dalla diretta dipendenza delle prestazioni dal valore di un'entità di riferimento. Ove, se in linea puramente teorica, qualunque entità potrebbe essere assunta a riferimento, di fatto la scelta è vincolata esclusivamente dalle possibilità, normative e di mercato, di effettuare investimenti a copertura delle riserve tecniche.

Le polizze *unit linked* hanno prestazioni collegate al valore di un fondo di investimento, esterno o interno all'impresa di assicurazione. Nel caso di fondi di investimento costituiti internamente, si parla di fondi assicurativi, privi di autonomia patrimoniale⁵; viceversa, i fondi esterni sono emessi dalle Società di investimento a capitale variabile (Sicav) ovvero dagli Organismi di investimento collettivo del risparmio (Oicr), istituiti per la prima volta con la Legge 23 marzo 1983, n. 77 e, successivamente, disciplinati dal D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. Testo Unico della Finanza).

La modalità più semplice attraverso la quale si attua il collegamento con l'entità di riferimento consiste nell'assunzione di quest'ultima in termini di "unità di conto", diversa dalla moneta a corso legale; in particolare, l'unità di conto può essere costituita dal numero di quote nel caso di fondi suddivisi in quote, da un'unità monetaria nozionale nel caso di indici di mercato o di fondi non suddivisi in quote, dall'unità monetaria nominale del titolo nel caso di strumenti finanziari. Ovviamente, il valore nominale corrispondente si ottiene attraverso la riespressione, in termini monetari, dell'entità di riferimento; e così, ad esempio, nel caso di collegamento ad un fondo comune di investimento le prestazioni possono essere quantificate attraverso la moltiplicazione fra il numero di quote del fondo ed il valore unitario della quota, nel momento previsto contrattualmente per la liquidazione della singola prestazione. L'operazione, pur con la stessa logica di fondo, si presenta più complessa nel caso di prestazioni collegate ad indici azionari o altri valori di riferimento.

Ancora in termini generali, le polizze *linked* possono essere "incorporate" in qualunque forma di assicurazione sulla vita, ove l'assicurato è chiamato a versare premi corrispondenti ad un determinato "numero" di entità di riferimento, a fronte dell'impegno dell'assicuratore a liquidare un prefissato "numero" di entità di riferimento al verificarsi di eventi attinenti alla vita umana, nei periodi previsti contrattualmente.

Richiamando le nozioni di matematica attuariale sopra esposte, in ossequio al principio di "equivalenza attuariale" fra le prestazioni dell'assicurato e quelle dell'assicuratore, la correlazione fra queste ultime si fonda prevalentemente sulla componente c.d. "demografica" del contratto, giacché la componente "finanziaria" potrebbe essere interamente assorbita dalla variazione di valore dell'unità di conto che –

⁵ Anche nei fondi assicurativi, l'impresa di assicurazione, al pari della società di gestione di un fondo di investimento, deve predisporre un apposito regolamento.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

tra l'altro – rappresenta il rendimento finanziario del prodotto. Quest'ultimo varia in funzione dell'andamento del valore corrente dell'entità di riferimento e, fatti salvi i casi di prestazione minima garantita, il correlato rischio (finanziario) grava sull'assicurato.

Poiché, quindi, le polizze *linked* costituiscono prodotti con rischio di investimento a carico dell'assicurato, nel senso che vi è un trasferimento in capo a quest'ultimo dei rischi connessi al risultato finanziario della polizza, alle esigenze di tutela normalmente associate alle assicurazioni sulla vita si aggiungono quelle tipiche dei servizi di investimento.

3.4.2. Le polizze *unit linked*

Le polizze *unit linked* sono contratti, normalmente “incardinati” in assicurazioni sulla vita, che prevedono il versamento di premi da parte dell'assicurato, investiti nell'acquisto di quote di fondi. La prestazione dell'assicuratore consiste in un capitale o in una rendita, la cui entità non è certa e predeterminata nel suo ammontare al momento della conclusione del contratto, ma dipende dal valore delle quote dei fondi (entità di riferimento).

Nelle polizze *unit linked* la componente “finanziaria” è collegata all'andamento di fondi d'investimento interni, appositamente costituiti dall'impresa d'assicurazione, ovvero da organismi di investimento collettivo del risparmio (Oicr), costituiti esternamente all'impresa. Le prestazioni dell'assicurato e dell'assicuratore sono, normalmente, espresse in quote del fondo d'investimento.

La scelta del fondo d'investimento a cui agganciare la prestazione, tra più opportunità offerte dalla impresa di assicurazione, sovente è rimessa all'assicurato. Talvolta, l'assicurato ha facoltà di porre in essere operazioni di *switch*, consistenti nel disinvestimento delle quote del vecchio fondo e nel contestuale reinvestimento dell'importo disinvestito in un altro fondo facente parte della categoria predeterminata al momento della conclusione del contratto. In ogni caso, è la sola impresa di assicurazione ad intrattenere i rapporti con gli organismi di investimento collettivo del risparmio, rispetto ai quali – pertanto – l'assicurato rimane estraneo.

Nell'esperienza italiana, le polizze *unit linked* si differenziano a seconda che il rischio finanziario sia posto totalmente a carico dell'assicurato ovvero venga conservato in capo all'impresa di assicurazioni. Nel primo caso, si parla comunemente di polizze *unit linked* cc.dd. “pure”, ove l'impresa di assicurazione è tenuta solamente a corrispondere all'assicurato – al verificarsi del rischio demografico o al decorrere di un determinato termine dalla conclusione del contratto – un capitale o una rendita, che potrebbe essere inferiore al valore attuariale dei premi versati o addirittura pari a zero se in quel dato momento il fondo registrasse un andamento negativo. Nel secondo caso, si parla di polizze cc.dd. “*guaranteed unit linked*”, ove l'impresa di assicurazione, indipendentemente dall'andamento dei fondi nei quali sono investiti i premi, al

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

verificarsi dei presupposti garantisce all'assicurato quantomeno il valore attuariale dei premi versati, e – in taluni casi – un rendimento minimo. Esistono poi forme miste, le polizze cc.dd. “*partial guaranteed unit linked*”, ove l'impresa di assicurazione garantisce all'assicurato esclusivamente la restituzione di una parte del capitale versato.

E' agevole arguire come, esclusivamente nelle polizze “*guaranteed unit linked*”, la matrice assicurativa sia presente in tutta la sua portata e non sia contaminata, se non in senso positivo per l'assicurato, dalla componente – per così dire – speculativa.

Per completezza, vale ancora la pena sottolineare come – nelle polizze *unit linked* – la componente finanziaria abbia natura collettiva, poiché il collegamento alle quote del fondo è programmato per una pluralità di contratti.

3.4.3. Le polizze *index linked*

Le polizze *index linked*, normalmente “incardinate” in un'assicurazione sulla vita, sono caratterizzate dal fatto che i premi sono investiti in strumenti finanziari che replicano gli indici (solitamente azionari) a cui le polizze stesse sono collegate.

Tipicamente tali strumenti finanziari sono titoli strutturati *ad hoc*, che vengono quindi posti a copertura della riserva matematica e che costituiscono la principale componente “finanziaria” dei prodotti⁶.

Ove le polizze siano accompagnate da una garanzia sul capitale investito, parte dell'investimento viene effettuata in obbligazioni *zero coupon*⁷ – che appunto garantiscono la restituzione del capitale alla scadenza della polizza – mentre la parte residua viene investita in prodotti strutturati che replicano la composizione degli indici di riferimento. In tale ultimo caso, le polizze *index linked* hanno la caratteristica di abbinare due mercati: uno a rendimento garantito – quello delle obbligazioni *zero coupon* – ed uno a rendimento aleatorio – azioni o indici azionari –. In particolare, nell'esperienza italiana, le polizze *index linked* sono state collegate all'andamento di indici di Borsa ovvero a panieri di azioni, attraverso una forma di “indicizzazione finanziaria” totale o parziale.

Ove sia prevista una garanzia minima di rendimento, questa normalmente consiste nella determinazione del capitale finale sulla base del valore più elevato tra quello iniziale, maggiorato di una percentuale predefinita, ed il risultato derivante

⁶ In particolare, i titoli strutturati sono specifiche categorie di strumenti finanziari a rendimento variabile, caratterizzati da una componente obbligazionaria e da una derivata, quest'ultima generalmente costituita da una opzione.

⁷ Le obbligazioni *zero coupon* (cc.dd. *zero coupon bond*), a differenza di un ordinario titolo obbligazionario, non prevedono a favore del sottoscrittore alcun interesse esplicito (c.d. cedola) ed il loro rendimento implicito è costituito nella differenza tra il prezzo di emissione – inferiore a loro valore nominale – e l'ammontare del rimborso.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

dall'indicizzazione finanziaria (*the best of*). Sotto tale profilo, tali polizze presentano analogie con quelle rivalutabili, nelle quali viene previsto un tasso minimo di rendimento.

Altre volte la garanzia di rendimento consiste nella previsione secondo cui, oltre al risultato derivante dall'indicizzazione, vi è un rendimento minimo garantito sulla base di un tasso d'interesse contrattuale.

A seconda dei casi, vi può quindi essere un trasferimento totale o parziale del rischio di investimento sull'assicurato. Pertanto, le polizze *index linked* – al pari delle polizze *unit linked* – si articolano in tre sottocategorie: le polizze *index linked* c.d. “pure”, le polizze *index linked* parzialmente garantite (*partial guaranteed index linked*) e le polizze *index linked* garantite (*guaranteed index linked*).

3.4.4. Le differenze rispetto alle polizze rivalutabili

Le polizze a prestazioni rivalutabili sono caratterizzate dal fatto che l'incremento del valore delle prestazioni dell'impresa di assicurazione, in un'ottica esclusivamente finanziaria, è determinato periodicamente sulla base di tassi di rendimento, dipendenti dai risultati di gestione di appositi fondi separati dal portafoglio dell'impresa di assicurazione medesima.

Fatti salvi i casi in cui sia prevista la garanzia di un tasso minimo di rendimento, a causa della variabilità delle prestazioni dell'assicuratore, vi è quindi il trasferimento del rischio di rendimento investimento in capo all'assicurato.

Esiste, tuttavia, una differenza fondamentale rispetto alle polizze *linked*: infatti, nelle polizze rivalutabili l'incremento delle prestazioni dell'assicuratore si basa su risultati già conseguiti e definitivamente assegnati, secondo il cosiddetto meccanismo di “consolidamento” della prestazione; nel senso che le somme assicurate vengono capitalizzate in base ai rendimenti periodici delle gestioni speciali, indipendentemente dall'andamento futuro del valore degli attivi inseriti nelle gestioni. Per contro, nelle polizze *linked* l'incremento delle prestazioni dell'assicuratore dipende, non da tassi di rendimento periodici, ma dal valore corrente dell'entità di riferimento, e tale incremento non è – almeno periodicamente – assegnato in via definitiva.

In definitiva, mentre nelle polizze *linked* l'assicurato sopporta un rischio assoluto di investimento, nelle polizze rivalutabili questo rischio viene attenuato, nel corso del tempo, per effetto delle *performance* (già “consolidate”).

3.4.5. La riserva matematica

Nelle assicurazioni sulla vita, la riserva matematica è l'importo che deve essere accantonato dall'assicuratore per far fronte agli obblighi futuri assunti verso l'assicurato (capitale o rendita). Essa trae origine dallo sfasamento temporale esistente fra il momento in cui l'assicurato paga i premi e il momento in cui l'assicuratore deve eseguire le proprie prestazioni.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

La “riserva matematica” costituisce la componente quantitativamente e qualitativamente più rilevante delle cc.dd. “riserve tecniche”.

Nelle assicurazioni sulla vita, la sua determinazione tiene conto della componente demografica, che si fonda sulle ipotesi di sopravvivenza, e della componente finanziaria, espressione del differimento temporale delle prestazioni.

Nelle polizze *linked*, per la quantificazione della componente demografica, vengono utilizzati criteri analoghi a quelli applicati nelle tradizionali polizze di assicurazione sulla vita.

Per contro, relativamente alla componente finanziaria, muta il criterio di determinazione della riserva, alla luce della diversa correlazione fra impegni assunti dall’impresa di assicurazione e investimenti a copertura.

In particolare, nelle tradizionali polizze di assicurazione sulla vita l’attività di investimento dell’assicuratore è condotta nel rispetto di parametri di adeguatezza di redditività, di sicurezza e di liquidità, sulla base degli impegni assunti. Nelle polizze *linked*, invece, la riserva matematica viene costituita sulla base dell’entità di riferimento; essa risulta quindi strettamente correlata al valore degli investimenti e l’ammontare accantonato fluttua in relazione all’andamento del loro valore corrente. Sotto questo profilo, l’equivalenza attuariale di cui si è più volte detto non ha natura aprioristica e statica, ma – per così dire – dinamica.

Inoltre, nelle polizze *unit linked* è obbligatoria la costituzione di una riserva “addizionale” nel caso di previsione di una qualsiasi garanzia minima; essa è, quindi, volta a fronteggiare la possibilità che il valore della riserva “base” non sia sufficiente a far fronte alle prestazioni dell’assicuratore. In tale caso, viene ripristinato – quantomeno nei limiti della garanzia – il carattere aprioristico e statico dell’equivalenza attuariale.

4. L’evoluzione normativa

4.1. Premessa: le finalità della regolamentazione

Le caratteristiche sopra esaminate delle polizze *linked* inducono a considerare, oltre ai profili di tutela del consumatore propri delle c.d. “obbligazioni di risultato”, caratteristici delle assicurazioni sulla vita tradizionali e facenti leva su misure tese prioritariamente alla stabilità dell’impresa di assicurazione, anche i profili propri delle c.d. “obbligazioni di mezzi”, tipici degli strumenti finanziari e focalizzati su misure volte innanzitutto a garantire la trasparenza.

Le norme a tutela della stabilità dell’impresa di assicurazione prevedono la costituzione degli accantonamenti tecnici, la loro copertura con idonee attività, la costituzione di un livello minimo di margine di solvibilità; quelle a tutela della trasparenza attengono in particolare alla redazione della “nota informativa” e all’adempimento di obblighi informativi successivi alla conclusione del contratto.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

4.2. La disciplina originaria

Il *corpus* normativo originario delle assicurazioni sulla vita era costituito – oltre alle disposizioni contenute nel codice civile e, in parte, già richiamate – dal D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 174, attuativo della c.d. “III direttiva vita” (Direttiva n. 92/96/CEE “*che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l’assicurazione diretta sulla vita e che modifica le direttive 79/267/CEE e 90/619/CEE*”) e regolante l’intera attività assicurativa nei rami vita.

Quanto alle norme codicistiche, in aggiunta al già citato art. 1882 c.c., vale la pena richiamare anche l’art. 1888, comma 1, c.c., il quale – relativamente al requisito di forma – si limita a stabilire che il contratto di assicurazione deve essere provato per iscritto. Si tratta, quindi, di forma richiesta ai fini probatori e non per la validità del contratto.

Relativamente alla normativa specialistica contenuta nel cit. D. Lgs. n. 174 del 1995, la disciplina delle polizze *linked* era contenuta nell’art. 30, nell’ambito delle norme regolanti la copertura delle riserve tecniche delle imprese di assicurazione, ove si operava una distinzione fra contratti con prestazioni “*direttamente collegate al valore delle quote di un OICVM (organismo di investimento collettivo in valori mobiliari) oppure al valore di attivi contenuti in un fondo interno detenuto dall’impresa di assicurazione*” – cioè i contratti *unit linked* – ed i contratti con prestazioni “*direttamente collegate ad un indice azionario o ad altro valore di riferimento*” – ossia i contratti *index linked* –.

Inoltre, nell’allegato al cit. D. Lgs. n. 174 del 1995 (Tabella A), che conteneva l’elenco dei sei rami nei quali era classificata l’attività delle imprese di assicurazione sulla vita, si precisava che rientravano nel ramo III le assicurazioni sulla durata della vita umana e quelle di nuzialità e natalità, che fossero “*connesse con fondi di investimento*”.

Sebbene la definizione facesse riferimento esclusivamente alle polizze connesse con fondi di investimento (*unit linked*), era intervenuto l’ISVAP stabilendo che dovessero essere classificate nel ramo in questione anche le assicurazioni con prestazioni direttamente collegate a indici o altri valori di riferimento (*index linked*)⁸.

L’ISVAP aveva, inoltre, precisato che nel ramo in questione potessero essere collocati – oltre alle assicurazioni di nuzialità e natalità – solo i contratti in cui nella determinazione delle prestazioni fosse effettivamente rilevante la variabile “durata della vita umana” e quindi fosse presente un rischio di carattere demografico a carico

⁸ Si veda, in particolare, la Circolare ISVAP 25 maggio 1998 n. 332/D, par. “2) *Classificazione all’interno dei rami assicurativi*”.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

dell'impresa di assicurazione⁹.

In tale contesto, il D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. Testo unico della finanza) sottraeva i contratti di assicurazione sulla vita con spiccata componente finanziaria – e, cioè, le polizze *linked* – alla disciplina della sollecitazione all'investimento, dell'offerta fuori sede, della promozione e del collocamento a distanza, destinandola – esclusivamente – ai prodotti finanziari (in senso stretto).

In merito alle riserve tecniche, la normativa originaria prevedeva una disciplina specifica. In particolare, queste dovevano essere costituite in ragione del tipo di entità di riferimento; non si rendevano applicabili i principi generali di sicurezza, redditività e liquidità nella gestione delle attività a copertura, nonché quelli di adeguata dispersione e diversificazione degli stessi attivi. Inoltre, qualora fosse prevista una garanzia di risultato dell'investimento o qualsiasi altra prestazione garantita, erano previste riserve tecniche “addizionali”¹⁰.

Pertanto, gli investimenti relativi alle polizze *linked* – da una parte – non erano assoggettati a tutte le regole prudenziali a cui dovevano rispondere gli investimenti ordinari delle compagnie e – dall'altra – erano introdotti fondamentali vincoli nella gestione degli attivi, con l'obiettivo che gli investimenti rappresentassero con la massima approssimazione possibile l'entità di riferimento; ciò in ossequio al principio secondo cui soltanto l'identità o, al limite, una stretta correlazione tra l'andamento del valore di riferimento e quello delle attività detenute dall'impresa di assicurazione avrebbe consentito a quest'ultima di far fronte agli impegni assicurativi (principio del “*close matching*”)¹¹.

Nel caso di polizze *index linked*, attesa la difficoltà di replicare l'andamento di entità esterne all'impresa, le prestazioni dovevano essere collegate esclusivamente a indici o altri valori costruiti su strumenti finanziari quotati su mercati regolamentati¹².

Per contro, la “riserva addizionale” doveva essere coperta con attività rispondenti ai requisiti ordinari previsti dalla disciplina sulla copertura delle riserve tecniche, al fine di garantire che le attività potessero soddisfare adeguate condizioni prudenziali, secondo i medesimi criteri applicati alle riserve tecniche ordinarie delle imprese di assicurazioni.

In particolare, mentre nella gestione degli investimenti effettuati nell'ambito

⁹ Cfr. La Circolare ISVAP 25 maggio 1998 n. 332/D, par. “2) *Classificazione all'interno dei rami assicurativi*”.

¹⁰ Si veda l'art. 30, comma 4, del D. Lgs. n. 174 del 1995.

¹¹ Cfr. Circolare ISVAP 25 maggio 1998 n. 332/D, par. “5) *Attivi “strutturati” a copertura delle riserve tecniche o utilizzo degli stessi come ‘altri valori di riferimento’*”.

¹² Cfr. Circolare ISVAP 25 maggio 1998 n. 332/D, par. “5) *Attivi “strutturati” a copertura delle riserve tecniche o utilizzo degli stessi come ‘altri valori di riferimento’*”.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

delle assicurazioni sulla vita tradizionali, i derivati potevano essere utilizzati solo quale strumento di protezione del valore del portafoglio e non a copertura delle riserve; per contro, nelle polizze *linked* era prevista una deroga alla regola generale, in quanto il valore dei derivati era considerato ammissibile a copertura, sul riflesso che le prestazioni sono collegate al valore corrente degli investimenti o a valori di riferimento, che – quantomeno in taluni casi – devono essere “replicati”.

In ordine alle modalità di determinazione del requisito minimo di patrimonializzazione – il c.d. margine di solvibilità – la discriminante era costituita dalla sussistenza o meno del rischio di investimento a carico dell’impresa.

Al proposito, l’ISVAP aveva precisato che il rischio di investimento può essere articolato in tre distinti profili:

1. rischio di “*performance*”, derivante dal rilascio al contraente di una garanzia minima di conservazione del capitale o di interesse;
2. rischio di “*base*”, derivante dal rilascio al contraente di una garanzia di adeguamento del capitale in funzione del valore di un’entità di riferimento, rischio tipico delle polizze *linked*;
3. rischio di “*controparte*”, connesso al merito di credito dell’ente emittente o della controparte degli strumenti finanziari, inclusi quelli derivati, destinati a copertura delle riserve tecniche.

Pertanto, la sussistenza in capo all’impresa di assicurazione del rischio di investimento, con le relative conseguenze a livello di determinazione del margine di solvibilità, prescinde dalla circostanza che – nelle polizze *linked* – il rischio di investimento sia integralmente o parzialmente trasferito a carico dell’assicurato. Infatti, indipendentemente da tale ultima circostanza, qualora sia garantito contrattualmente un minimo (rischio di *performance*) ovvero la garanzia sia determinata sulla base di parametri diversi dal valore degli attivi detenuti dall’impresa (rischio di *base*), il rischio di investimento – o almeno alcuni dei suoi profili – permane in capo all’impresa di assicurazione¹³.

E’ bene, peraltro, precisare che – tenuto conto del fatto che le modalità di determinazione del requisito di solvibilità appena illustrate si riferiscono ai contratti classificati nel ramo III – è, per definizione, sempre presente un rischio c.d. demografico, derivante dall’applicazione di una legge di sopravvivenza teorica per la determinazione delle prestazioni dell’impresa di assicurazione e del contraente; rischio

¹³ E’ agevole comprendere il principio sopra affermato nel caso di polizze *index linked*, ove le prestazioni siano direttamente collegate al valore di indici azionari: in tale caso, infatti, sussiste sempre un rischio connesso alla replicabilità del valore dell’indice attraverso la gestione degli attivi, anche nel caso in cui si dia corso all’acquisto di titoli strutturati o di strumenti derivati, attesa la permanenza del rischio connesso alla insolvenza della controparte.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

connesso, in particolare, alla possibilità di scostamento della sopravvivenza effettiva da quella teorica.

Peraltro, la sussistenza di tale rischio (demografico) non implica necessariamente l'assunzione – da parte dell'impresa di assicurazione – di un rischio di investimento. Infatti, ove quest'ultimo sia trasferito in capo al contraente, l'entità della prestazione dell'impresa di assicurazione – pur correlata al verificarsi di un evento attinente alla vita umana – dipende dal valore dell'unità di conto, la cui variabilità incide in via esclusiva sul contraente.

In questi casi, la normativa sul margine di solvibilità presuppone la presenza del rischio di investimento, sotto forma di rischio di *performance*, ove sia rilasciata a favore del contraente una garanzia minima di conservazione del capitale o di interesse.

Relativamente alle norme poste a tutela della trasparenza, la normativa prevedeva un contenuto minimo delle informazioni da fornire prima della conclusione del contratto, riferite principalmente alla natura delle garanzie offerte, alle modalità e durata del versamento dei premi, all'esistenza di sconti, alle modalità di eventuale assegnazione di utili, alle possibilità di estinzione anticipata del contratto, ai valori di riscatto e riduzione e al diritto di revoca della proposta e di recesso dal contratto¹⁴.

In tale contesto, e sulla base dei principi fissati dalla norma primaria, l'ISVAP aveva fornito regole applicative volte ad armonizzare le disposizioni del decreto con le regole sull'informativa all'assicurato già adottate in relazione alle polizze a prestazione rivalutabile collegate a gestioni separate, per le quali era previsto l'obbligo di consegna al contraente, all'atto della sottoscrizione della proposta di assicurazione, della c.d. nota informativa; documento, quest'ultimo, contenente una serie di indicazioni sulle caratteristiche del contratto e sulle sue prospettive di rendimento¹⁵. Peraltro, tenuto conto delle particolarità tecniche delle polizze *linked*, erano state individuate disposizioni specifiche in ordine alle modalità di redazione della nota informativa, in considerazione sia delle differenti modalità di determinazione delle prestazioni sia delle esigenze specifiche di chiarezza e completezza dell'informazione, sotto il profilo della descrizione degli investimenti per le polizze *unit linked* e della illustrazione degli indici o valori di riferimento per le polizze *index linked*¹⁶.

L'ISVAP, inoltre, con la Circolare 24 luglio 2001, n. 451/D aveva precisato che gli indici di riferimento delle polizze *index linked* dovevano soddisfare congiuntamente le seguenti condizioni: a) essere costruiti su strumenti finanziari, come definiti dall'art. 1 del D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.u.f.) e dai regolamenti di attuazione del citato

¹⁴ Si veda l'art. 109 del D. Lgs. n. 174 del 1995.

¹⁵ Cfr. Circolare ISVAP 17 marzo 1995 n. 249, Allegato n. 1.

¹⁶ Cfr. Circolare ISVAP 15 gennaio 1998 n. 317, par. "B.1) OICVM o fondo interno di riferimento" e par. "C.1) Descrizione dell'indice di riferimento".

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

decreto, quotati su mercati regolamentati; b) essere pubblicati su quotidiani a diffusione nazionale con cadenza coerente con la valorizzazione prevista in polizza; c) essere calcolati da soggetti terzi, indipendenti rispetto all'impresa di assicurazione e agli emittenti gli strumenti finanziari su cui erano costruiti; d) essere calcolati in base a criteri di determinazione, resi disponibili agli interessati, che disciplinassero anche le modalità di sostituzione o eliminazione di alcuni degli strumenti finanziari su cui erano costruiti.

Successivamente, l'ISVAP – con la Circolare 1° marzo 2005, n. 551/D, contenente “*Disposizioni in materia di trasparenza dei contratti di assicurazione sulla vita*” – aveva raccolto e riordinato in un unico testo le disposizioni, contenute nelle Circolari emanate negli anni precedenti, relative ai doveri di informativa e di trasparenza in capo alle imprese nei confronti degli assicurati. In particolare, aveva introdotto l'obbligo di predisposizione di una “scheda sintetica”, nella quale dovevano essere riportate le caratteristiche essenziali del contratto “*in termini facilmente percepibili dal potenziale contraente*”. La scheda sintetica era contenuta in un “*fascicolo informativo*” che comprendeva altresì la documentazione precontrattuale e le condizioni di assicurazione, nonché il “regolamento” del fondo interno per le polizze *unit linked*¹⁷.

La Circolare da ultimo richiamata prevedeva, inoltre, che l'impresa di assicurazione dovesse consegnare al contraente un fascicolo informativo che comprendesse la scheda sintetica, la nota informativa, le condizioni di assicurazione e il regolamento del fondo interno. Tale documentazione doveva essere redatta con espressioni chiare e sintetiche, affinché il contraente fosse in grado di comprendere il contenuto del contratto che si accingeva a concludere ed, in particolare, le garanzie e gli eventuali rischi finanziari a suo carico. In particolare, la scheda sintetica doveva riportare, con caratteri grafici di particolare evidenza, la ipotesi in cui l'impresa non offriva alcuna garanzia di capitale o di rendimento minimo. In tale ultima ipotesi, la nota informativa doveva rappresentare le tabelle illustrative dei premi.

Ancora, la stessa Circolare poneva l'obbligo – in capo all'impresa di assicurazione – di pubblicare quotidianamente, su almeno un quotidiano a diffusione nazionale e sul proprio sito *internet*, il valore delle quote del fondo di investimento a cui erano collegate le prestazioni delle polizze *unit linked* e di comunicare, tramite dichiarazione specificamente indirizzata ai contraenti, l'eventuale riduzione, al disotto di una certa soglia, del valore delle quote del fondo di investimento o degli indici.

Nel contempo, prevedeva che la nota informativa richiamasse l'attenzione del

¹⁷ Si tratta, in particolare, la Circolare ISVAP 1° marzo 2005, n. 551/D, che ha abrogato le Circolari nn. 249 del 1995, 294 del 1997 e 363 del 1999, nonché la Circolare n. 317/D del 1998. Cfr., in particolare, l'art. 2 “*Documentazione*”.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

contraente sui rischi di natura finanziaria a suo carico, fornendo gli ogni elemento utile per una consapevole valutazione, e descrivesse chiaramente la garanzia principale e le eventuali prestazioni accessorie o complementari offerte dall'impresa di assicurazione, segnalando la presenza di eventuali garanzie minime di natura finanziaria.

Con particolare riferimento alle polizze *index linked* si prevedeva che la nota informativa descrivesse dettagliatamente, oltre al parametro di riferimento e alla sua modalità di costruzione, anche i meccanismi di collegamento delle prestazioni all'andamento del parametro.

Sempre nell'ottica di una chiara rappresentazione delle prestazioni, le disposizioni richiedevano trasparenza soprattutto per quanto riguarda la determinazione dei valori di riscatto e riduzione e l'indicazione dei costi.

Quanto all'informativa periodica, si prevedeva che, in caso di polizze *unit linked* collegate a fondi interni all'impresa di assicurazione, entro 60 giorni dalla fine di ogni esercizio fosse redatto un rendiconto della gestione del fondo, certificato da una società di revisione e trasmesso all'ISVAP.

Come già si è detto, il D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.u.f.) non faceva alcun cenno all'attività delle imprese assicurative, se non esonerando – all'art. 100, lett. f) – dall'applicazione della disciplina della sollecitazione all'investimento, “*i prodotti emessi dalle imprese assicurative*”. Pertanto, le polizze *linked* non erano considerate strumenti finanziari, ai sensi dell'art. 1 del cit. D. Lgs., e il loro collocamento non si configurava come attività di sollecitazione del pubblico risparmio, né come attività di investimento.

Pur tenuto conto di tale ultima norma, vale la pena ricordare che il T.u.f. pone l'obbligo della forma scritta nei contratti di intermediazione finanziaria e rigide norme di comportamento in capo ai soggetti abilitati alla collocazione dei prodotti finanziari. In particolare, l'art. 21 impone ai soggetti abilitati di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati, e di acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; e l'art. 23 prevede che i contratti dovessero essere redatti per iscritto.

4.3. La disciplina attuale

4.3.1 Premessa: le fonti

La disciplina attualmente in vigore è contenuta nel D. Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. Codice delle assicurazioni private). Occorre, peraltro, sottolineare come quest'ultimo non abbia sostituito le norme contenute nel codice civile; anzi, l'art. 165 del cit. cod. ass., rubricato “*Raccordo con le disposizioni del codice civile*”, prevede espressamente che, “*fermo restando quanto diversamente disposto dal codice delle assicurazioni, i contratti assicurativi rimangono disciplinati dalle norme del codice civile*”. Tale espressa previsione conferma il principio della prevalenza della norma

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

speciale su quella generale.

In tale contesto, la Legge 28 dicembre 2005, n. 262, recante disposizioni sulla “*Tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*” ha abrogato la lett. f) dell’art. 100 del T.u.f., che – come si è visto – escludeva dall’ambito di operatività delle norme sulla sollecitazione all’investimento dei valori mobiliari i prodotti assicurativi, ancorché quest’ultimi fossero connotati da profili di investimento finanziario. Inoltre, ha introdotto l’art. 25-bis, con il quale è stata estesa ai prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione l’applicazione degli artt. 21 e 23 del T.u.f.; attribuendo, nel contempo, alla Consob i poteri di vigilanza regolamentare, informativa ed ispettiva sulla sottoscrizione e collocamento dei prodotti finanziari assicurativi ad opera delle imprese di assicurazione e dei soggetti abilitati.

Quasi contemporaneamente, il D. Lgs. 29 dicembre 2006, n. 303, ha introdotto all’art. 1, comma 1, del T.u.f., la lett. w-bis) che definisce – quali prodotti finanziari emessi dalle imprese assicurative – “*le polizze e le operazioni ai rami III e V di cui all’art. 2, comma 1, del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, Cod. ass.*”, ovvero le polizze *unit linked* e *index linked*, nonché il contratto di capitalizzazione. Lo stesso provvedimento legislativo ha, inoltre, previsto l’assoggettamento dei prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione alla disciplina dell’art. 30 T.u.f., concernente l’offerta fuori sede dei prodotti finanziari, se collocati da soggetti abilitati, e a quella dell’art. 32, comma 2, T.u.f., relativo alla promozione e al collocamento a distanza dei prodotti finanziari.

4.3.2. Il codice delle assicurazioni private e la normazione secondaria

Pur mancando una definizione legislativa delle polizze *linked*, il Codice delle assicurazioni private – nella classificazione per rami (art. 2) – ricomprende anche le assicurazioni le cui principali prestazioni sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni – e, cioè, le polizze *unit linked* – ovvero a indici o ad altri valori di riferimento – e, cioè, le polizze *index linked* –.

Sul piano della disciplina, il cit. cod. ass. contiene alcune norme applicabili, in generale, a tutti i prodotti offerti dalle imprese di assicurazione ed altre specificamente dedicate alle polizze *linked*.

Anzitutto, quale norma di carattere generale, l’art. 166 cod. ass. sancisce il principio per cui i contratti di assicurazione ed ogni altro documento devono essere redatti in modo chiaro ed esauriente; da tale norma si ricava la necessità della forma scritta esclusivamente ai fini probatori e non per la validità del contratto.

E’ prevista, poi, una serie di disposizioni – contenute nel titolo XIII (“Trasparenza delle operazioni e protezione dell’assicurato”) – che riguardano gli obblighi di informazione che le imprese di assicurazione devono adempiere nei confronti degli assicurati; norme che ricalcano, nella sostanza, la disciplina contenuta

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

nel Testo unico bancario e nel Testo unico della finanza, in tema di trasparenza e correttezza delle operazioni.

In particolare, l'art. 185 cod. ass. prevede che le imprese di assicurazione consegnino all'assicurato, prima della conclusione del contratto ed unitamente alle condizioni di assicurazione, una nota informativa, contenente le informazioni che sono necessarie, a seconda delle caratteristiche dei prodotti e dell'impresa di assicurazione, per pervenire ad un fondato giudizio sui diritti e sugli obblighi contrattuali e, ove opportuno, sulla situazione patrimoniale dell'impresa.

La stessa norma, al comma 4, rinvia ai Regolamenti dell'ISVAP la specificazione delle informazioni supplementari che siano necessarie alla piena comprensione delle caratteristiche essenziali del contratto, con particolare riferimento ai rischi, ai costi ed alle operazioni in conflitto di interesse.

Il successivo art. 178 cod. ass., rubricato "*Inversione dell'onere della prova nei giudizi risarcitori*", stabilisce – in analogia con quanto previsto dall'art. 23 del T.u.f. – il principio secondo il quale, nei giudizi di risarcimento dei danni derivanti al contraente da uno dei contratti di assicurazione sulla vita di cui al ramo III e ramo V, l'impresa di assicurazione è gravata dall'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta.

In merito alla normazione secondaria, l'ISVAP – con la Circolare n. 551/D del 2005, contenente "*Disposizioni in materia di trasparenza dei contratti di assicurazioni sulla vita*" – ha abrogato – ancora nel vigore della vecchia disciplina – le Circolari nn. 249 del 1995, 294 del 1997 e 363 del 1999.

Inoltre, ha promulgato il Regolamento n. 5 del 16 ottobre 2006, concernente "*La disciplina dell'attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa di cui al Titolo IX e di cui all'art. 183 (Regole di comportamento) del cod. ass.*".

Ancora, con il Regolamento n. 21 del 2008, ha dettato norme concernenti "*i principi attuariali e le regole applicative per la determinazione delle tariffe e delle riserve tecniche dei rami vita di cui agli articoli 32, 33 e 36 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 – Codice delle assicurazioni private*".

Infine, ha emanato il Regolamento 11 giugno 2009, n. 32 recante la "*Disciplina delle polizze con prestazioni direttamente collegate ad un indice azionario o ad altri valori di riferimento di cui all'articolo 41, comma 2, decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 - codice delle assicurazioni private*". Come riferito nella Relazione di accompagnamento,

«*Il Regolamento reca la nuova disciplina delle polizze vita con prestazioni direttamente collegate ad un indice azionario o ad un altro valore di riferimento (c.d. index linked).*

L'intervento regolamentare si colloca nell'ambito delle molteplici iniziative di vigilanza assunte dall'Autorità in conseguenza della crisi dei mercati finanziari ed i cui effetti si sono manifestati anche sul settore assicurativo con la crisi di emittenti bancari

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

quali Lehman Brothers e le banche islandesi. Il Regolamento si pone in continuità con i provvedimenti assunti negli ultimi anni in conseguenza dell'evoluzione del mercato delle index linked, come di seguito riportato.

L'innovazione di prodotto, che ha contraddistinto il settore a partire dalla prima metà degli anni novanta, ha visto la diffusione di queste particolari tipologie di contratti di assicurazione sulla vita, caratterizzate dall'elevato contenuto finanziario delle prestazioni offerte, di norma agganciate a panieri di indici azionari o ad altri valori di riferimento, variamente articolati nella composizione e nelle modalità di partecipazione al rischio di investimento da parte dell'assicurato.

L'industria assicurativa ha in particolare sviluppato fattispecie contrattuali i cui impegni tecnici sono stati replicati mediante l'acquisizione di titoli strutturati o mediante la combinazione di titoli obbligazionari e derivati. Nella maggior parte dei casi gli attivi acquisiti a fronte delle prestazioni indicate in polizza hanno rappresentato il "valore di riferimento" dell'indicizzazione, con il trasferimento del rischio di controparte a carico del contraente e con effetti sulle somme assicurate.

In una prima fase della regolamentazione (circolari ISVAP n. 332/1998 e n. 451/2001) la limitazione dei rischi in capo agli assicurati è stata perseguita dall'Autorità mediante requisiti minimi sui parametri di indicizzazione (riproducibilità, trasparenza, pubblicità dei valori), escludendo alcune tipologie di indici (su merci, su fondi interni assicurativi) e rafforzando i presidi previsti dalla normativa primaria sugli attivi a copertura delle riserve tecniche. Le disposizioni si sono concentrate in particolare sulla sicurezza degli investimenti, mediante l'individuazione di condizioni più restrittive sui soggetti emittenti quali il possesso di un merito creditizio non inferiore a quello contrassegnato dal simbolo "A-".

Il processo di ingegnerizzazione finanziaria ha tuttavia dato luogo a prodotti di particolare complessità anche dal punto di vista della rappresentazione delle prestazioni contrattuali; l'ISVAP, nel luglio 2003, è intervenuta vietando che le index linked potessero essere indicizzate, direttamente o indirettamente, a titoli derivanti da cartolarizzazioni ovvero a derivati del credito.

Alla luce della crisi originata dai mutui subprime, è indubbio che i contraenti ed il mercato assicurativo abbiano positivamente beneficiato di tale norma che ha consentito di mitigarne l'impatto.

Nel contempo l'ISVAP si è attivata per definire nuovi standard di trasparenza in materia di informativa precontrattuale. Nel marzo del 2005, con la circolare n. 551, è stata introdotta la redazione della Scheda sintetica, che ha previsto la rappresentazione schematica dei rischi e delle prestazioni assicurative offerte dai contratti nonché l'obbligo di esplicitare in forma tabellare tutti i costi a carico del contraente. L'intervento è stato corredato dalle disposizioni in materia di adeguatezza delle polizze, sancendo il dovere degli intermediari di proporre contratti "adeguati" alle esigenze e ai profili di rischio degli assicurati.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

I recenti sviluppi, che hanno fatto registrare l'imprevedibile default di grandi istituti bancari anche con rating investment grade, inducono l'Autorità ad un nuovo intervento a tutela della massa degli assicurati, il cui obiettivo è volto ad introdurre dei principi che qualifichino maggiormente il ruolo dell'impresa di assicurazione nella ideazione del prodotto, con un ruolo attivo sia nell'individuazione delle misure di indicizzazione proposte sia nella gestione degli investimenti necessari a coprire i rischi assunti.

In quest'ottica la novità principale del Regolamento è rappresentata dalla disposizione in base alla quale i titoli a copertura delle obbligazioni offerte non possono più rappresentare l'entità di riferimento delle prestazioni ma esclusivamente la copertura finanziaria della compagnia a fronte degli impegni contrattuali. Ciò rende più agevole per le imprese anche la sostituibilità degli asset utilizzati a copertura delle riserve tecniche, in relazione ai quali l'impresa assume il rischio di insolvenza del soggetto emittente. Viene inoltre operato un intervento mirato ad accrescere la trasparenza degli indici ammissibili prevedendo, tra l'altro, che le azioni o le obbligazioni su cui sono costruiti siano negoziate esclusivamente su mercati regolamentati attivi e liquidi.

Nella stessa direzione opera il principio di semplicità delle modalità di indicizzazione delle prestazioni assicurate, che trova la sua declinazione nel concetto di replicabilità delle medesime attraverso posizioni di investimento in acquisto che non prevedono l'assunzione di posizioni in derivati.

In particolare il principio incide sui pay off ammissibili e quindi indirettamente anche sui prodotti derivati impiegabili per la copertura delle riserve tecniche che, in base alla normativa vigente, le imprese possono utilizzare solo con le finalità di riduzione del rischio di investimento ovvero di gestione efficace del portafoglio. Sotto tale profilo viene introdotto il principio che le imprese non possono far assumere all'assicurato, attraverso la stipulazione di un contratto index linked, un rischio che non potrebbe essere assunto dall'impresa stessa.

Come più volte segnalato nelle sedi istituzionali, si ritiene inoltre che i prodotti distribuiti debbano recuperare i meccanismi di tutela e garanzia tipici dei contratti di assicurazione, spesso affievoliti in prestazioni demografiche a bassissimo valore aggiunto per gli assicurati. Pertanto, oltre a ribadire che i contratti in argomento devono essere caratterizzati dalla presenza di un effettivo impegno da parte delle compagnie a liquidare prestazioni dipendenti dal rischio demografico, si è intervenuti prevedendo che le imprese, nella determinazione delle coperture assicurative in caso di decesso, tengano conto dell'ammontare del premio versato dal contraente.

In ogni caso l'Autorità auspica un ulteriore arricchimento dell'offerta assicurativa, con coperture volte a qualificare quel ruolo di sicurezza e protezione che viene ricercato dai consumatori anche quando sottoscrivono prodotti di tipo assicurativo-finanziario».

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

Oltre ai provvedimenti emanati dall'ISVAP, occorre rammentare quelli emanati dalla CONSOB e, in particolare, il Regolamento 29 ottobre 2007, n. 16190 e successive modifiche (c.d. Regolamento Intermediari), il cui libro VI è specificamente dedicato ai prodotti finanziari emessi dalle imprese assicurative; il Regolamento 14 maggio 1999, n. 11971 e successive modifiche (c.d. Regolamento Emittenti); e la Delibera del 3 maggio 2007, n. 15915, con la quale sono state introdotte alcune disposizioni relative ai prodotti finanziari assicurativi¹⁸.

In particolare, il Regolamento emittenti CONSOB che equipara le polizze a contenuto finanziario agli strumenti finanziari, prevede che le imprese di assicurazione debbano predisporre un prospetto d'offerta in linea con le comuni regole sulla sollecitazione al pubblico risparmio dei prodotti finanziari.

Il prospetto è composto dalle seguenti parti:

- Scheda sintetica
- Parte I) - Informazioni sull'investimento e sulle coperture assicurative
- Parte II) - Illustrazione dei dati storici di rischio rendimento e dei costi dell'investimento

Parte III) - Altre informazioni

Il prospetto informativo deve essere consegnato al sottoscrittore prima dell'investimento insieme alle condizioni contrattuali. Inoltre, nel caso delle polizze *unit linked* vengono consegnati – su richiesta del cliente – anche i regolamenti dei fondi interni cui sono collegate le prestazioni.

Quasi contemporaneamente, il D. Lgs. 17 settembre 2007, n. 164, ha dato attuazione alla Direttiva 2004/39/CE, c.d. MiFID (*Market in Financial Instruments Directive*).

Quest'ultima prevede un'esenzione per i prodotti di investimento con un contenitore assicurativo, quali le polizze *linked*; ciò sul riflesso che la distribuzione dei prodotti assicurativi è disciplinata dalla Direttiva 2004/39/CE, c.d. Direttiva IMD (Direttiva sull'intermediazione assicurativa).

Tuttavia, in sede di attuazione della Direttiva in Italia le polizze assicurativo-finanziarie sono state assoggettate alle regole di emissione e distribuzione proprie del mercato finanziario, nel caso in cui la loro distribuzione avvenga tramite soggetti

¹⁸ In particolare, le imprese di assicurazione, contestualmente all'avvio dell'offerta di polizze *linked*, devono dare comunicazione alla Consob e pubblicare il prospetto informativo redatto in conformità all'apposita disciplina dettata dal suddetto regolamento.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

abilitati secondo le definizioni del T.u.f.¹⁹.

Ciò è dipeso dalla circostanza che – a seguito della promulgazione della c.d. la Legge sul risparmio (legge n. 262 del 2005) – le polizze rientranti nel ramo III sono state qualificate come prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione e assoggettate alle regole proprie della sollecitazione del pubblico risparmio.

In tale contesto, la CONSOB – nel Regolamento Intermediari – ha definito per i prodotti finanziari assicurativi particolari obblighi e procedure, che vanno oltre quanto previsto per gli altri strumenti finanziari.

In particolare, l'art. 85, comma 3, del citato Regolamento stabilisce che *“Previamente alla conclusione di qualsiasi contratto avente ad oggetto prodotti finanziari assicurativi, i soggetti abilitati all’intermediazione assicurativa devono, basandosi in particolare sulle informazioni fornite dal contraente, quanto meno precisare le richieste e le esigenze di tale contraente e le ragioni su cui si fonda qualsiasi consulenza fornita su un determinato prodotto della specie. Tali precisazioni si articolano diversamente a seconda della complessità del contratto assicurativo proposto”*. Da ciò discende che l’intermediario assicurativo, laddove svolga attività di consulenza, sarà chiamato ad effettuare il c.d. *“test di adeguatezza”*.

Il successivo art. 86 comma 2, prevede che *“L’informativa da fornire ai contraenti a norma dell’art 85, commi 2 e 3, deve essere trasmessa su supporto cartaceo o altro supporto duraturo disponibile ed accessibile per il contraente”*.

4.3.3. La disciplina integrativa nell’ambito della previdenza complementare.

Le polizze *unit linked* possono essere utilizzate anche nell’ambito dei piani individuali di previdenza (cc.dd. Pip), realizzati mediante contratti di assicurazione sulla vita del Ramo I e del Ramo III²⁰.

Ai contratti di assicurazione sulla vita dei rami I e III, che attuano Piani di previdenza individuale, trovano applicazione le norme contenute nel D. Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, contenente la disciplina dei fondi pensione.

Tra queste, in particolare, la disposizione secondo cui – per ottenere l’autorizzazione e l’iscrizione all’Albo dei fondi pensione da parte della COVIP –

¹⁹ L’applicazione della Direttiva è quindi, limitata al caso in cui le polizze siano distribuite attraverso i canali tradizionali costituiti da agenti assicurativi e *brokers*.

²⁰ In particolare, l’ISVAP, con Regolamento n. 21 del 2008, art. 8 *“Disciplina applicabile ai piani individuali pensionistici”*, ha precisato che *“Le imprese possono realizzare forme pensionistiche individuali mediante contratti di assicurazione sulla vita con prestazioni rivalutabili collegate a gestioni inteme separate o mediante contratti di assicurazione unit linked oppure mediante contratti che offrono l’abbinamento delle tipologie contrattuali sopradescritte”*.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

occorre provvedere alla costituzione di un patrimonio separato e autonomo per la gestione delle risorse²¹; nonché quella in base alla quale i contratti devono essere corredati da un regolamento, redatto sulla base delle direttive emanate dalla COVIP e dello schema da essa predisposto, da una nota informativa e dalle condizioni generali di contratto.

4.4. Un ponte tra il passato e il futuro

In sede comunitaria, è in corso di revisione la Direttiva IMD (Direttiva sull'intermediazione assicurativa), anche alla luce della revisione – attualmente in corso – della Direttiva MiFID (*Market in Financial Instruments Directive*).

In tale processo di revisione, si inserisce il recente “*Documento di lavoro dei servizi della Commissione. Sintesi della valutazione d'impatto che accompagna il documento direttiva del parlamento europeo del consiglio sull'intermediazione assicurativa*”, diramato dalla Commissione Europea in data 3 luglio 2012, nel quale si osserva quanto segue:

«Al fine di garantire la coerenza tra i settori, la revisione della direttiva IMD terrà conto della revisione, attualmente in corso, della MiFID, nonché dell'imminente iniziativa PRIPS (prodotti di investimento al dettaglio preassemblati). Ciò significa che, ogniqualvolta si tratta della regolamentazione delle pratiche di vendita di prodotti assicurativi vita con un elemento di investimento (PRIPS assicurativi), la direttiva sull'intermediazione assicurativa deve soddisfare standard di protezione dei consumatori almeno simili a quelli della MiFID rivista. I PRIPS assicurativi sono prodotti di investimento al dettaglio preassemblati come assicurazione vita, come ad esempio i prodotti di assicurazione vita unit-linked.

Le norme in tema di protezione dei consumatori per la vendita di PRIP assicurativi non sono sufficienti a livello UE poiché la direttiva IMD 1 non contiene disposizioni speciali per la vendita dei prodotti assicurativi vita complessi contenenti elementi di investimento. Attualmente, tali prodotti sono venduti in base alle regole generali sulla vendita dei prodotti assicurativi, per quanto siano molto diversi per natura e rappresentino rischi più elevati per gli acquirenti non professionali. Nel mercato è stato registrato un gran numero di reclami in merito alla vendita di prodotti di assicurazione unit-linked in molti Stati membri. Vi sono casi dimostrati di arbitraggio normativo dovuto alle differenze nella regolamentazione della vendita dei PRIP attraverso canali di vendita diversi. Il pregiudizio potenziale derivante al

²¹ La disciplina è integrata dal Provvedimento ISVAP 10 novembre 2006, n. 2472, contenente disposizioni in materia di costituzione del patrimonio autonomo e separato per le forme pensionistiche individuali attuate mediante contratti di assicurazione sulla vita.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

consumatore dalla vendita di prodotti di assicurazione vita unit-linked inadeguati potrebbe essere stimato ad un massimo di 1.100 miliardi di euro per l'UE 27. Un aspetto importante è che nel mercato assicurativo, a causa dei costi di uscita e ai costi più elevati dei prodotti, una consulenza inappropriata può portare gli investitori a pagare maggiori commissioni e ad essere vincolati a prodotti per cui si applicano sanzioni di uscita di cui l'investitore non si era reso conto al momento dell'investimento. Naturalmente, sono molti i fattori che incidono sui danni effettivamente subiti dai consumatori, e la consulenza in materia di vendite è solo uno di essi. Tuttavia vi sono elementi che dimostrano che la consulenza è fondamentale per i mercati al dettaglio di prodotti finanziari. Sembra pertanto che la consulenza sia un elemento chiave. Date le dimensioni di questo mercato, i casi di vendita impropria potrebbero avere un grande impatto potenziale sul benessere dei consumatori. In assenza di norme UE, le autorità di regolamentazione hanno risposto chiedendo una maggiore trasparenza dei costi o, se la loro azione riguarda prodotti complessi in generale, fornendo orientamenti in merito all'informativa precontrattuale o chiedendo una moratoria sulla vendita di tali prodotti».

Il comunicato stampa della Commissione Europea in pari data, avente ad oggetto "Proposte legislative della Commissione per migliorare la tutela dei consumatori nel campo dei servizi finanziari", riferisce al proposito:

«La Commissione propone una revisione della direttiva IMD, che attualmente disciplina le pratiche di vendita per tutti i prodotti assicurativi, dai prodotti assicurativi generici quali le assicurazioni automobilistiche o familiari, a quelli contenenti elementi di investimento. In molti casi i consumatori non sono consapevoli dei rischi associati alla sottoscrizione di coperture assicurative. Una consulenza professionale adeguata è fondamentale per le vendite di prodotti assicurativi, tuttavia i recenti sondaggi mostrano che oltre il 70% dei prodotti assicurativi sono venduti senza le opportune consulenze. L'attuale normativa dell'UE non tratta nel dettaglio la vendita dei prodotti assicurativi e le norme variano da uno Stato membro all'altro e si applicano esclusivamente agli intermediari.

L'obiettivo della proposta della Commissione è migliorare la tutela dei consumatori nel settore delle assicurazioni creando norme comuni per le vendite di prodotti assicurativi e garantendo una consulenza adeguata. Esso verrà raggiunto mediante il miglioramento della trasparenza e l'istituzione di pari condizioni per le vendite di prodotti assicurativi da parte degli intermediari e le vendite da parte delle imprese di assicurazione. A tal fine, la Commissione propone le seguenti modifiche:

- si applicherà lo stesso livello di protezione a tutti i consumatori, indipendentemente dal canale attraverso il quale i consumatori acquisteranno un prodotto assicurativo. Se un consumatore acquista un prodotto direttamente da un'impresa di assicurazione o indirettamente da un intermediario (ad esempio un agente o un mediatore), il consumatore beneficerà di un livello di tutela comune che*

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

attualmente non esiste, in quanto la direttiva IMD contempla esclusivamente le vendite realizzate da intermediari;

- *i consumatori riceveranno preventivamente informazioni chiare circa lo statuto professionale di chi vende loro un prodotto assicurativo. Verranno instaurate delle regole per affrontare in maniera più efficace i rischi di conflitto di interessi, compresa la pubblicazione della remunerazione percepita dai venditori di prodotti assicurativi;*

- *le vendite di prodotti assicurativi dovranno essere accompagnate da una consulenza professionale onesta;*

- *sarà più facile per gli intermediari esercitare le proprie attività transfrontaliere, favorendo in tal modo l'emergere di un vero mercato interno dei servizi assicurativi».*

La disciplina attualmente in vigore – pur tenuto conto degli enormi passi fatti nella direzione della tutela dei contraenti – è, quindi, ben lungi dal potersi considerare definitiva.

5. La posizione della dottrina²²

5.1. Premessa

Il tema di fondo, costituito dalla corretta qualificazione giuridica delle polizze *linked*, assume rilevanza ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile soltanto con riferimento ai contratti stipulati sino alla promulgazione della Legge 28 dicembre 2005, n. 262, la quale ha abrogato la lett. f) dell'art. 100 del T.u.f., che – come si è visto – escludeva dall'ambito di operatività delle norme sulla sollecitazione all'investimento dei valori mobiliari i prodotti assicurativi, ancorché quest'ultimi fossero connotati da profili di investimento finanziario, ed ha introdotto l'art. 25-bis, con il quale è stata estesa ai prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione l'applicazione degli artt. 21 e 23 del T.u.f.; attribuendo, nel contempo, alla Consob i poteri di vigilanza regolamentare, informativa ed ispettiva sulla sottoscrizione e collocamento dei prodotti finanziari assicurativi ad opera delle imprese di assicurazione e dei soggetti abilitati; nonché del successivo D. Lgs. 29 dicembre 2006, n. 303, il quale introdotto all'art. 1, comma 1, del T.u.f., la lett. w-bis) che definisce – quali prodotti finanziari emessi dalle imprese assicurative – “*le polizze e le operazioni ai rami III e V di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, Cod. ass.*”, ovvero – tra l'altro – le polizze *linked*,

²² Per una trattazione sistematica dei contratti di assicurazione, si rinvia a IRRERA M.,

L'assicurazione: l'impresa e il contratto, 2^a ediz., in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. 10, Padova, 2011.

Per una trattazione specifica delle polizze *linked*, si veda: PIRAS E., *Le polizze variabili nell'ordinamento italiano*, Milano, 2011.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

ed ha previsto l'assoggettamento dei prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione alla disciplina dell'art. 30 T.u.f., concernente l'offerta fuori sede dei prodotti finanziari, se collocati da soggetti abilitati, e a quella dell'art. 32, comma 2, T.u.f., relativo alla promozione e al collocamento a distanza dei prodotti finanziari.

Le considerazioni che verranno svolte di seguito attengono, quindi, esclusivamente alle polizze *linked* sottoscritte prima della riforma del quadro normativo testé delineato.

5.2. La natura giuridica delle polizze *unit linked*

Secondo un primo orientamento, alle polizze *unit linked* sarebbero in ogni caso applicabili le norme del codice civile sul contratto di assicurazione sulla vita, indipendentemente dalla circostanza che il rischio di investimento gravi sul contraente ovvero sull'impresa di assicurazione, sul riflesso che nel contratto di assicurazione sulla vita sia il rischio demografico sia quello finanziario non sono essenziali²³.

Secondo un altro orientamento, le polizze *linked*, sebbene abbiano un elevato contenuto finanziario, non perdono la natura assicurativa, a condizione che il rischio demografico gravi sull'assicuratore²⁴.

Infine, un altro orientamento ancora ritiene che, qualora il rischio di investimento sia interamente trasferito in capo al contraente, verrebbe meno la funzione previdenziale del contratto, così da impedirne la qualificazione come contratto assicurativo; con la conseguenza che si sarebbe in presenza di un contratto di investimento in un prodotto finanziario²⁵.

5.3. La natura giuridica delle polizze *index linked*

Considerazioni analoghe a quelle svolte con riferimento alle polizze *unit linked* valgono anche per le polizze *index linked*, giacché anche per queste ultime si pone il problema del soggetto – contraente o impresa di assicurazione – cui viene addossato il rischio finanziario.

²³ In tale senso, VOLPEPUTZOLU, *Le polizze Unit linked e Index linked*, in *Ass.*, 2000, I, pp. 233 ss.

²⁴ Cfr. FANELLI, *Assicurazione sulla vita e intermediazione finanziaria*, in *Ass.*, 1986, I, pp. 192 ss.; BRAUNER, *La combinazione tra assicurazione sulla vita e fondo di investimento. Dai contratti variabili ai prodotti misti assicurativo-finanziari*, in *Dir. ed econom. assicuraz.*, 1992, pp. 123 ss.

²⁵ Si veda, da ultimo, GAMBINO, *La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice assicurativa e bancaria*, in *Ass.* 2007, pp. 194 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

5.4. Conclusioni

Sulla base dell'indagine svolta, attraverso sia l'analisi tecnica sia la ricostruzione del – per così dire – “orientato” *iter* normativo, non si può che concludere nel senso che le polizze *linked* sono caratterizzate da una componente assicurativa e da una componente finanziaria, con pesi dell'una e dell'altra spesso differenti e con opzioni diverse in ordine all'attribuzione del rischio finanziario in capo al contraente e all'impresa di assicurazione. Tra l'altro, quest'ultimo – come si è visto – può essere attribuito interamente al contraente (polizze “pure”) ovvero al contraente e all'impresa di assicurazione (polizze “*partial guaranteed unit linked*”) ovvero soltanto a quest'ultimo (polizze “*guaranteed unit linked*”).

Per una corretta qualificazione della fattispecie, occorre – quindi – verificare preliminarmente se il “bisogno” al cui soddisfacimento tende il contratto di assicurazione sulla vita sia un bisogno esclusivo – e, cioè, se l'interesse sotteso sia quello di ottenere una somma minima, volta a calmierare le conseguenze derivanti da un evento attinente alla vita umana – ovvero se tale “bisogno” possa essere – per così dire – integrato da un'esigenza di valorizzazione dei premi versati.

All'interrogativo pare debba essere data una risposta univoca: attesa la funzione previdenziale dell'assicurazione sulla vita – che è dato evincere con chiarezza sia dall'analisi tecnica sia dalla genesi del contratto – quella che deve essere soddisfatta è un'esigenza di sicurezza nel caso in cui si verifichi un evento attinente alla vita umana; esigenza che può essere integrata attraverso forme di valorizzazione delle prestazioni dell'impresa di assicurazione, ma che non può essere “contaminata” da una finalità speculativa del tutto assorbente e tale da pregiudicare il bisogno ad esso sotteso e, cioè, quello di ottenere una somma minima²⁶.

Ove, a seguito dell'indagine circa il contenuto tecnico delle polizze *linked* – in termini sia di peso relativo delle singole componenti, assicurativa e finanziaria, sia di “finalità” intrinseca di quest'ultima –, si pervenga alla conclusione che le stesse debbano essere qualificate alla stregua di contratti con causa mista, la scelta della disciplina di riferimento dipenderebbe dall'adesione alla c.d. teoria dell'assorbimento – in base alla quale troverebbe applicazione la disciplina del tipo prevalente – ovvero a quella della c.d. combinazione – secondo cui si applicherebbe a ciascuna componente (assicurativa e finanziaria) la disciplina sua propria.

6. Il diritto vivente. Casi giurisprudenziali

6.1. Premessa: uno sguardo oltreoceano

Le polizze *linked* trovano il loro antecedente storico nei *variable annuity*

²⁶ Si veda, al proposito, CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 95 ss..

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

contracts e nelle *variable life insurance*, nate negli Stati Uniti; tali forme contrattuali erano caratterizzate dal fatto che una parte dei premi, versati dal contraente, veniva impiegata dall'impresa di assicurazione per l'acquisto di valori mobiliari, al cui rendimento si collegava l'entità della rendita o del capitale assicurato.

La dottrina dell'epoca si era posta il problema se dette polizze, nonostante la loro spiccata componente finanziaria, potessero ancora qualificarsi come contratti di assicurazione ovvero dovessero essere ricomprese nel novero dei prodotti finanziari (le cc.dd. *securities*).

La giurisprudenza – per parte sua – non ha mai preso posizioni univoche, limitandosi ad un approccio pragmatico nei confronti dei molteplici contratti elaborati dalle imprese di assicurazione; parimenti, la *Securities Exchange Commission* (S.E.C.) ha precisato che la riconducibilità di tali contratti nell'ambito delle *securities* dipende da un accertamento concreto in ordine alla prevalenza della componente assicurativa o di quella finanziaria²⁷.

6.2. Le questioni affrontate dalla giurisprudenza italiana

La giurisprudenza ha avuto modo di esaminare la natura delle polizze *linked*, giungendo – tra l'altro – alle seguenti conclusioni:

- il Tribunale di Trani (Sentenza 11 febbraio 2008) – sulla base dell'indicazione contrattuale secondo cui, nel caso concreto, la liquidazione del capitale poteva essere inferiore ai premi conferiti, di talché il Contraente si assumeva il rischio dell'andamento negativo dell'entità di riferimento – ha sancito «*l'assoluta aleatorietà del contratto che, indipendentemente dal nomen iuris, si sostanzia nell'acquisto di uno strumento finanziario, ossia una quota di un fondo comune d'investimento, peraltro prevalentemente di natura azionaria con maggiore possibilità di oscillazione del valore sulla base dell'andamento delle borse*»;
- il Tribunale di Busto Arsizio (Sentenza 6 novembre 2009, in *jurisdata*) ha ritenuto che nelle polizze *unit linked* oggetto del contenzioso vi fosse una prevalenza dell'elemento finanziario su quello previdenziale/assicurativo; in particolare, «*Nella pratica si può dire che le polizze unit linked sono un modo indiretto di comprare fondi comuni di investimento: infatti, i premi versati dall'assicurato, invece di essere investiti in titoli di Stato e altre obbligazioni a tasso fisso, vengono investiti in fondi, sicché il rendimento della polizza è strettamente legato alla rivalutazione del fondo prescelto*»;
- il Tribunale di Venezia (Sentenza 24 giugno 2010, in *www.ilcaso.it*) ha affermato che ove, nell'ambito di una polizza *index linked*, la prestazione

²⁷ Per ulteriori approfondimenti, si veda LENER R., *Il prodotto "assicurativo" fra prodotto "finanziario" e prodotto "previdenziale"*, in *Dir. econom. assicuraz.*, 2005, pp. 1236 ss..

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

dell'impresa di assicurazione non sia legata ad un evento attinente alla vita umana, bensì al valore di strumenti finanziari, la causa del contratto deve ritenersi completamente estranea a quella tipica del contratto di assicurazione; con la conseguenza che, indipendentemente dal *nomen juris* adottato dalle parti, devono essere applicate le norme sull'intermediazione mobiliare, con particolare riferimento a quelle relative alle operazioni inadeguate, nel caso in cui il contraente abbia impegnato nel contratto in oggetto tutto o buona parte del suo patrimonio mobiliare;

- il Tribunale di Parma (Sentenza 10 agosto 2010, in www.ilcaso.it) ha ritenuto che non rientri nell'ambito dei contratti di assicurazione sulla vita la polizza che preveda un investimento finanziario non finalizzato a soddisfare principalmente bisogni di carattere previdenziale, la cui redditività sia esclusivamente legata a fenomeni di tipo finanziario – quali indici azionari o rendimenti dei fondi di investimento – e che non assicuri la restituzione alla scadenza del capitale versato;
- il Tribunale di Reggio Emilia (Sentenza 30 agosto 2011, in www.dirittobancario.it) – sul presupposto secondo cui le polizze *linked* sono prodotti che, sebbene formalmente rientranti nella categoria delle assicurazioni sulla vita, presentano in realtà caratteristiche profondamente diverse da quelle tradizionali, poiché il loro rendimento è legato ad un fondo di investimento (polizze *unit linked*) o all'andamento di un determinato indice di borsa o paniere di titoli azionari (polizze *index linked*) e può addirittura mancare qualsiasi forma di garanzia in ordine alla restituzione del capitale – ha precisato che le polizze medesime, attesa la loro natura sostanzialmente finanziaria, devono considerarsi soggette al regime previsto nel D. Lgs. n. 58 del 1998, con particolare riferimento agli artt. 21 e ss. per quanto attiene alle norme di comportamento degli intermediari; con la conseguenza che l'impresa di assicurazione ha l'obbligo di informare il contraente circa le caratteristiche della polizza proposta, nonché di valutarne comunque l'adeguatezza rispetto alla propensione al rischio ed all'esperienza in strumenti finanziari del contraente medesimo;
- il Tribunale di Roma (Sentenza 2 maggio 2012, in www.ilcaso.it) ha osservato che le polizze *index linked* – pur avendo una elevata componente finanziaria – rimangono comunque prodotti assicurativi sia perché l'impresa di assicurazione corre il rischio cosiddetto demografico – in quanto la prestazione dipende dal verificarsi di un evento attinente alla vita umana – sia perché il rischio delle perdite finanziarie è sostenuto anche dall'impresa di assicurazione – quantomeno ove si consenta, a determinate condizioni, il riscatto anticipato della polizza –; con la conseguenza che alle polizze *index linked* emesse prima

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

dell'entrata in vigore della modifica introdotta dall'art. 25-*bis* del D. Lgs. n. 58 del 1998 non è applicabile la disciplina degli investimenti in prodotti finanziari.

In particolare, le questioni affrontate dalla giurisprudenza in materia di polizze *linked* hanno riguardato i seguenti aspetti:

- l'invalidità (o l'inefficacia) della clausola che trasferisce sul contraente il rischio d'insolvenza dell'impresa emittente gli strumenti finanziari sottostanti;
- la (ri)qualificazione delle stesse in termini di prodotti finanziari, con il conseguente assoggettamento alla disciplina dettata dal T.u.f., concernente il requisito della forma scritta del c.d. contratto quadro e le norme di comportamento degli intermediari finanziari;
- l'applicabilità alle polizze *linked* dell'art. 1923 c.c., il quale, al primo comma, dispone che le somme dovute dall'impresa di assicurazione al contraente o al beneficiario non possono essere sottoposte ad azione esecutiva o cautelare;
- altre questioni.

Tra le Sentenze che hanno affrontato la questione dell'invalidità (o l'inefficacia) della clausola che trasferisce sul contraente il rischio d'insolvenza dell'impresa emittente gli strumenti finanziari sottostanti, si richiamano:

- Trib. Milano 12 febbraio 2010, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, pag. 63 ss., con nota di Piras, il quale ha dichiarato la vessatorietà della clausole contenuta in una polizza *index linked* che trasferiva sul contraente il rischio dell'inadempimento o dell'insolvenza dell'ente che aveva emesso i titoli collegati alla polizza medesima; dalla mancata approvazione in forma scritta della stessa ha fatto, poi, discendere l'obbligo – in capo all'impresa di assicurazione – di corrispondere al contraente il capitale minimo garantito previsto nel contratto, oltre agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria a far tempo dalla scadenza della polizza;
- Trib. Napoli 13 giugno 2011, in *Assic.*, 2011, pag. 751 ss., con nota di Riva, il quale ha espresso il principio secondo cui deve considerarsi vessatoria, in quanto fonte di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti, la clausola contenuta in una polizza *index linked* che subordini il pagamento del minimo garantito all'andamento del valore del titolo strutturato di riferimento.

La questione relativa alla (ri)qualificazione delle stesse in termini di prodotti finanziari, con il conseguente assoggettamento alla disciplina dettata dal T.u.f., concernente il requisito della forma scritta del c.d. contratto quadro e le norme di comportamento degli intermediari finanziari è stata affrontata, tra l'altro, da:

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

- Trib. Milano 23 luglio 2010, in *www.ilcaso.it*, il quale ha osservato – con riferimento ad una polizza *index linked* – che il rispetto del canone della buona fede nello svolgimento delle trattative (art. 1337 c.c.) e delle prescrizioni normative in materia (d.lgs. n. 174 del 1995) imponeva di fornire, in epoca precedente alla conclusione del contratto, l’informativa in ordine alla maggiore complessità e diversificazione dei diversi profili di rischio (Circolare ISVAP n. 451/D del 24 luglio 2001), in modo tale da lasciare al contraente uno spazio di tempo sufficiente per formarsi una corretta rappresentazione degli elementi essenziali dell’operazione, così da colmare le asimmetrie informative eventualmente esistenti e poter effettuare una scelta di negoziazione consapevole; in tale contesto, la semplice dichiarazione «*di aver ricevuto le condizioni contrattuali regolanti il rapporto assicurativo, di averne preso atto ed accettato integralmente le condizioni*», sottoscritta dal contraente al momento della stipula del contratto, non soddisfa tale condizione;
- Trib. Roma 11 aprile 2011, in *www.ilcaso.it*, il quale ha osservato che – qualora in un contratto misto di natura assicurativa e finanziaria sia garantita la restituzione del capitale investito – l’esistenza di una clausola in forza della quale l’impresa di assicurazione dichiara di investire la riserva matematica in obbligazioni (nella specie *Lehman Brothers*), non consente a quest’ultima di rifiutare il rimborso del capitale nell’ipotesi l’emittente divenga insolvente;
- Trib. Napoli 13 giugno 2011, in *www.ilcaso.it*, il quale – con riferimento ad una polizza *index linked* – ha affermato il principio secondo cui gli obblighi informativi non sono rispettati se il contraente, contestualmente alla sottoscrizione della proposta contrattuale, si è limitato a dichiarare – su di un modulo prestampato – «*di aver ricevuto le condizioni contrattuali regolanti il rapporto assicurativo, di averne preso atto e di accettarle integralmente*»; infatti, affinché il contraente di un contratto complesso possa operare una scelta realmente informata e consapevole, oltre a ricevere un’informativa dettagliata, deve anche poter disporre del tempo sufficiente per «*formarsi una rappresentazione veritiera, quanto meno, degli elementi essenziali concernenti la specifica operazione che va a concludere*», colmando così le eventuali asimmetrie informative;
- Trib. Napoli 13 giugno 2011, in *www.ilcaso.it*, il quale ha riconosciuto la natura abusiva della clausola che rimetteva alla facoltà dell’intermediario di subordinare il pagamento del minimo garantito all’andamento del valore del titolo strutturato di riferimento, poiché la stessa determinava, in danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto;
- Trib. Ferrara 27 giugno 2011, in *Assic.*, 2011, pag. 761 ss., con nota di Riva, il quale ha affermato che la distribuzione di polizze *linked* da parte di una banca

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

per conto di un'impresa di assicurazione – polizze caratterizzate dalla natura mista della causa contrattuale, quasi completamente estranea a quella del contratto di assicurazione – discende la necessità di applicare la disciplina del negozio prevalente, ossia quella relativa all'intermediazione mobiliare, con il conseguente obbligo della sottoscrizione del c.d. “contratto-quadro” previsto dall'art. 23 del D. Lgs. n. 58 del 1998 e dall'art. 30 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998; infatti, sebbene il D. Lgs. n. 303 del 2006 – che ha aggiunto all'art. 1, comma 1, del D. Lgs. n. 58 del 1998 la lett. *w-bis*), che contempla espressamente “*i prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione*” nell'ambito della disciplina dell'intermediazione mobiliare – sia entrato in vigore dopo la stipulazione della polizza oggetto di contenzioso, quest'ultima rientra già a pieno titolo tra “*gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria*” di cui alla lett. *u*) del medesimo art. 1, comma 1, con la conseguenza che, dalla mancanza di forma scritta del c.d. contratto quadro, deve essere dichiarata la nullità del rapporto negoziale e riconosciuto l'obbligo, da parte dell'impresa di assicurazione, di restituire al contraente i premi versati, oltre agli interessi legali;

- Tribunale di Parma, Ord. 17 novembre 2011, in *www.dirittobancario.it*, con la quale la banca è stata condannata a risarcire al contraente il danno conseguente alla sottoscrizione di una polizza *unit linked*, sul riflesso che la stessa non aveva adempiuto – nella fase precontrattuale – all'obbligo di assumere da quest'ultimo – ai sensi dell'art. 28 del Regolamento Intermediari 11522 del 1998, all'epoca vigente – le informazioni sulla sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, sulla sua situazione finanziaria, sui suoi obiettivi di investimento, nonché sulla sua propensione al rischio;
- Giudice di Pace di Palermo, 25 gennaio 2012, in *Contratti*, 2012, pag. 357 ss., con nota di Sangiovanni, il quale ha sancito il principio secondo cui, ove – nell'ambito di una polizza *linked* – le prestazioni dell'impresa di assicurazione siano direttamente collegate al valore di strumenti finanziari e non vi sia la garanzia di restituzione del capitale versato, la polizza stessa – indipendentemente dal *nomen iuris* – è assimilabile ad un prodotto finanziario, giacché – in tale ipotesi – la componente assicurativa del contratto risulta compressa o addirittura assente; pertanto, in applicazione della disciplina del negozio prevalente, devono essere osservate le prescrizioni del T.u.f., e, in caso di mancata sottoscrizione da parte della cliente del contratto quadro ex art. 23 del D. Lgs. n. 58 del 1998 ed ex art. 30 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, la polizza è affetta da nullità, con obbligo – in capo all'impresa di assicurazione – di restituire i premi versati;

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

- Trib. Parma, 30 gennaio 2012, il quale – con un’ordinanza ai sensi dell’art. 702-ter c.p.c. – ha attribuito natura esclusivamente finanziaria ad una polizza assicurativa, connessa con un fondo gestito da una banca islandese finita *in default*, con conseguente applicazione della normativa in materia d’intermediazione finanziaria, ossia – *ratione temporis* – il D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, anche se, solo successivamente alla stipulazione della polizza – con l’art. 3 del D. Lgs. n. 303 del 2006 – è stata introdotta, nell’art. 1, lett. *w-bis*, del D. Lgs. n. 58 del 1998, la definizione di “*prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione*”; la banca collocatrice è stata, quindi, condannata al risarcimento dei danni pari ai premi versati, maggiorati di interessi, rivalutazione monetaria e spese di lite; per contro, in ordine alla questione della nullità per difetto della prevista dall’art. 23 del D. Lgs. n. 58 del 1998, non essendo stato sottoscritto dalle parti un contratto quadro (c.d. *master agreement*), ha ritenuto che non potesse essere dichiarata sulla base dell’art. 30, comma 3, Reg. Consob n. 11522/98 (all’epoca vigente), ai sensi del quale la preliminare sottoscrizione del contratto quadro era da escludersi per i servizi di collocamento.

Tra le Sentenze che hanno affrontato la questione relativa all’applicabilità alle polizze *linked* dell’art. 1923 c.c., il quale, al primo comma, dispone che le somme dovute dall’impresa di assicurazione al contraente o al beneficiario non possono essere sottoposte ad azione esecutiva o cautelare, si richiamano:

- Trib. Parma, 10 agosto 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, pag. 189 s., con nota di Palmentola, secondo cui il divieto di azione esecutiva e cautelare previsto dall’art. 1923 c.c. non si applica alle polizze *unit linked* e *index linked*, qualora le stesse non assolvano ad una funzione previdenziale, tipica delle assicurazioni sulla vita, bensì costituiscono veri e propri investimenti finanziari;
- Trib. Cagliari, 2 novembre 2010, in *Riv. giur. sarda*, 2011, I, pag. 387 ss., con nota di Landini, il quale ha affermato che la previsione generale contenuta nell’art. 2 del D. Lgs. n. 209 del 2005 – in ordine alle polizze *linked* – non determina l’inclusione automatica di tali polizze nello schema legale del contratto di assicurazione, dovendo essere previsto – sin dalla stipula del contratto – il trasferimento del rischio dal contraente all’impresa di assicurazione; pertanto, rientrano nella fattispecie tipica del contratto di assicurazione sulla vita le polizze che operano la sostituzione della prestazione fissa dell’assicuratore con una variabile, agganciata a parametri di mercato, ma in cui sia comunque presente il rischio demografico; infatti, in tale caso – pur attuandosi un parziale trasferimento dall’impresa di assicurazione al contraente del rischio relativo al valore finale della prestazione – il contratto mantiene comunque una funzione assicurativa; per contro, nel caso in cui l’impresa di

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

assicurazione incassi il premio intero all'atto della sottoscrizione e si obblighi al pagamento della prestazione all'atto della morte del contraente (caso di “morte a vita intera”) – e, cioè, praticamente ad evento certo – il rischio demografico è totalmente inesistente ed il rischio di investimento è completamente a carico del contraente, giacché l'obbligazione dell'impresa di assicurazione è limitata al pagamento del valore del capitale investito al momento dell'evento, sulla base del valore assunto dagli indici di riferimento; pertanto, tale contratto deve essere più propriamente inquadrato nello schema di acquisto di prodotti finanziari, con la conseguenza che non può essere applicato l'art. 1923, c.c., il quale sottrae al pignoramento le somme dovute dall'impresa di assicurazione al contraente.

Le questioni ulteriori sono state affrontate, tra l'altro, da:

- Trib. Milano 23 luglio 2010, in www.ilcaso.it, il quale ha precisato che le domande di annullamento e di risoluzione di una polizza *index linked* emessa da un'impresa di assicurazione per il tramite di una banca devono essere proposte nei confronti della prima, mentre contro la banca può essere esclusivamente proposta la domanda di accertamento dell'eventuale responsabilità extracontrattuale e precontrattuale per violazione dei doveri informativi e di buona fede;
- Trib. Padova 23 novembre 2010 e 4 giugno 2011, in www.dirittobancario.it, in cui è stata ritenuta fondata la domanda di nullità di una polizza *unit linked* per indeterminatezza dell'oggetto del contratto (di assicurazione) ai sensi art. 1418, comma 2, c.c., sul riflesso che la linea di investimento scelta dal contraente nella “*proposta di assicurazione*” non risultava né presente fra quelle indicate come disponibili dal contratto, né minimamente descritta nella nota informativa allegata al contratto; alla restituzione delle somme versate sono state condannate in solido l'impresa di assicurazione e il gestore del fondo assicurativo.

La sintesi fra le diverse pronunce, peraltro caratterizzate – come si è visto – da sostanziale omogeneità, è stata recentemente effettuata dalla Suprema Corte, la quale – con Sentenza 21 maggio 2012, n. 6061, in www.dirittobancario.it – ha affermato il principio secondo cui, nel caso di un contratto stipulato prima dell'entrata in vigore della Legge n. 262 del 2005 e del D. Lgs. n. 303 del 2006 – ove sia stabilito che le somme corrisposte dal contraente a titolo di premio vengano versate in un fondo di investimento interno o esterno all'impresa di assicurazione e che alla scadenza del contratto o al verificarsi dell'evento in esso dedotto quest'ultima sia tenuta a corrispondere al contraente una somma pari al valore delle quote del fondo al momento stesso (polizze denominate *unit linked*) – il giudice del merito, al fine di stabilire se l'impresa di assicurazione, l'intermediario ed il promotore abbiano violato le regole di leale comportamento previste dall'art. 1337 c.c. e dalla normativa speciale, deve

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

interpretare il contratto al fine di stabilire se esso – aldilà del *nomen iuris* attribuitogli – sia da identificare effettivamente come polizza assicurativa sulla vita – in cui il rischio derivante da un evento attinente alla vita dell'assicurato è assunto dall'assicuratore – oppure si concretizzi nell'investimento in uno strumento finanziario – in cui il rischio c.d. di *performance* sia addossato per intero sul contraente –.

Per contro, sempre recentemente la Corte di Giustizia dell'Unione Europea – con Sentenza 1° marzo 2012, C-166-11, in www.dirittobancario.it – nell'affrontare il “perimetro” di applicazione dell'art. 3, par. 2, lett. *d*), della Direttiva 85/577 (relativa alla tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali) – ha ritenuto che la qualificazione di una polizza *unit linked* come “contratto d'assicurazione”, ai sensi della Direttiva 85/577, debba ritenersi corretta; e ciò sul riflesso che, già prima dell'entrata in vigore della Direttiva 85/577 le assicurazioni collegate a fondi d'investimento erano considerate – conformemente all'art. 1, punto 1, lett. *a*), della Direttiva 79/267, nonché al punto III dell'allegato alla medesima – come rientranti in un ramo dell'assicurazione sulla vita, e tale nozione non è stata modificata dalla Direttiva 85/577.

7. L'istruttoria e la consulenza tecnica

7.1. Premessa

Come sottolineato dalla Suprema Corte, l'individuazione della disciplina applicabile alle polizze *linked* sottoscritte prima della modifica apportata al Testo Unico della Finanza dalla Legge sul Risparmio discende da una corretta qualificazione della fattispecie sulla base delle caratteristiche tecniche delle polizze medesime.

7.2. La disciplina applicabile

Tenuto conto della stratificazione di norme primarie e secondarie che hanno disciplinato – nel corso del tempo – le polizze *linked*, anche al fine di individuare la disciplina applicabile *ratione temporis*, pare opportuno richiamarne la sequenza cronologica:

- Direttiva n. 92/96/CEE in materia di assicurazione diretta sulla vita (c.d. “III direttiva vita”).
- D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 174, attuativo della Direttiva n. 92/96/CEE.
- Circolare ISVAP 17 marzo 1995, n. 249, avente ad oggetto “Art. 109 del decreto legislativo n. 174 del 17 marzo 1995: obblighi di informativa nei contratti di assicurazione sulla vita”.
- Circolare ISVAP 4 febbraio 1997, n. 294, avente ad oggetto “Nuovi criteri di redazione dei progetti esemplificativi contenuti nelle note informative relative a polizze di assicurazione sulla vita e di capitalizzazione a prestazioni rivalutabili”.

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

- Circolare ISVAP 16 febbraio 1999, n. 363 D, avente ad oggetto “*Tassi di rendimento da utilizzare nella redazione dei progetti esemplificativi contenuti nelle note informative relative a polizze di assicurazione sulla vita e di capitalizzazione rivalutabili. Doppia indicazione, in EURO e nelle unità monetarie nazionali, degli importi indicati nei progetti esemplificativi e negli altri documenti inviati agli assicurati*”.
- Circolare ISVAP 15 gennaio 1998, n. 317, avente ad oggetto “*Modalità di redazione della nota informativa e altre disposizioni relative ai contratti con prestazioni legate a fondi di investimento ovvero ad un indice azionario o altro valore di riferimento (art. 30 del d.lgs. 174/95)*”.
- D. Lgs 24 febbraio 1998, n. 58, “*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52*” (c.d. “*Testo unico della finanza*”).
- Circolare ISVAP 25 maggio 1998, n. 332/D, avente ad oggetto “*Contratti di assicurazione sulla vita e di capitalizzazione con prestazioni collegate a fondi di investimento o ad indici azionari o altri valori di riferimento*”.
- Regolamento CONSOB 14 maggio 1999, n. 11971 e successive modifiche (c.d. Regolamento Emittenti).
- Circolare ISVAP 24 luglio 2001, n. 451/D, avente ad oggetto “*Polizze con prestazioni direttamente collegate ad un indice azionario o altro valore di riferimento (art. 30, comma 2, d.lgs. 17 marzo 1995, n. 174). □ Disposizioni in materia di costituzione del margine di solvibilità per i contratti inclusi nel ramo III di cui al punto A) della tabella allegata al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 174*”.
- Direttiva 2002/92/CE sulla intermediazione assicurativa.
- Circolare ISVAP 21 febbraio 2002, n. 474/D, avente ad oggetto “*Contratti di cui all'art. 30, comma 1, del d.lgs. 17 marzo 1995 n. 174: disciplina dei prodotti assicurativi collegati a fondi interni o ad OICR*”.
- Direttiva 2004/39/CE, c.d. MiFID (*Market in Financial Instruments Directive*).
- Circolare ISVAP 1° marzo 2005, n. 551/D, contenente “*Disposizioni in materia di trasparenza dei contratti di assicurazione sulla vita*”.
- D. Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. Codice delle assicurazioni private).
- D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. Codice del Consumo);
- D. Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, contenente la Disciplina delle forme pensionistiche complementari.
- Legge 28 dicembre 2005, n. 262, recante disposizioni sulla “*Tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*”.
- D. Lgs. 29 dicembre 2006, n. 303, avente ad oggetto “*Coordinamento con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, del testo unico delle leggi in materia bancaria e*

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

creditizia (T.U.B.) e del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.)”.

- Regolamento ISVAP 16 ottobre 2006, n. 5, concernente “*La disciplina dell’attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa di cui al titolo ix (intermediari di assicurazione e di riassicurazione) e di cui all’articolo 183 (regole di comportamento) del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 - codice delle assicurazioni private*”
- Provvedimento ISVAP 10 novembre 2006, n. 2472, contenente “*Disposizioni in materia di costituzione del patrimonio autonomo e separato per le forme pensionistiche individuali attuate mediante contratti di assicurazione sulla vita di cui all’articolo 13, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252*”.
- D. Lgs. 17 settembre 2007, n. 164, avente ad oggetto l’*“Attuazione della direttiva 2004/39/CE relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE, 93/6/CEE e 2000/12/CE e abroga la direttiva 93/22/CEE”*.
- Regolamento CONSOB 29 ottobre 2007, n. 16190 e successive modifiche (c.d. Regolamento Intermediari).
- Regolamento ISVAP 28 marzo 2008, n. 21, “*Regolamento concernente i principi attuariali e le regole applicative per la determinazione delle tariffe e delle riserve tecniche dei rami vita di cui agli articoli 32, 33 e 36 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 – Codice delle assicurazioni private*”.
- Regolamento ISVAP 11 giugno 2009, n. 32, “*Regolamento recante la disciplina delle polizze con prestazioni direttamente collegate ad un indice azionario o altro valore di riferimento di cui all’articolo 41, comma 2, decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 - codice delle assicurazioni private*”.
- Regolamento ISVAP 26 maggio 2010, n. 35 “*Regolamento concernente la disciplina degli obblighi di informazione e della pubblicità dei prodotti assicurativi, di cui al titolo XIII del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 - Codice delle Assicurazioni Private*”.

7.3. Le ipotesi di responsabilità

Preliminarmente, occorre rammentare il contenuto dell’art. 23, comma 6, T.u.f., ai sensi del quale «*nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l’onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta*»; da cui si desume l’inversione dell’onere della prova a carico dell’intermediario. Tale previsione – come si è detto – trova riscontro nell’art. 178 cod. ass., ove si stabilisce che l’impresa di assicurazione è onerata della prova di aver gestito il capitale versato a titolo di premio

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

con la diligenza richiesta dalla specifica attività; cui fa da corollario la previsione contenuta nel Regolamento ISVAP 1° marzo 2005 circa l'obbligo dell'impresa di assicurazione di informare il contraente della diminuzione della polizza sotto il trenta per cento del capitale investito.

Detto ciò, si richiamano le ipotesi di responsabilità prospettate dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore della Legge n. 262 del 2005 e del D. Lgs. n. 303 del 2006, ma che potrebbero – almeno in parte – valere per le polizze sottoscritte anche successivamente:

- in primo luogo, è stata individuata un'ipotesi di responsabilità precontrattuale ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., nonché della normativa speciale, nel caso di lesione del diritto del contraente alla corretta informazione prodromica alla conclusione del contratto; al proposito, come si è già detto, la giurisprudenza – sul riflesso che in tema di polizze *index linked* la Circolare ISVAP 24 luglio 2001, n. 451/D, tenuto conto della complessità e diversificazione dei profili di rischio derivanti dalla stipulazione di tali contratti, ha sottolineato l'esigenza di un'informativa precontrattuale sulla base di una nota informativa dettagliata – ha osservato che: *«E' chiaro, pertanto, che alla luce della predetta normativa specifica e più in generale del fondamentale canone di buona fede che deve essere osservato ex art. 1337 c.c. nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, non è sufficiente che contestualmente alla sottoscrizione della proposta contrattuale il cliente dichiari, su un modulo prestampato, "di aver ricevuto le Condizioni contrattuali regolanti il rapporto assicurativo, di averne preso atto e di accettarle integralmente": sarebbe, difatti, del tutto inutile ai fini di una scelta realmente informata e consapevole di acquisto che il cliente (...) riceva l'informativa dettagliata scritta solo contestualmente alla sottoscrizione del contratto ovvero in precedenza ma con un tempo non sufficiente per formarsi una rappresentazione veritiera e corretta quanto meno degli elementi essenziali concernenti la specifica operazione che va a concludere»* (così Trib. Milano 12 febbraio 2010, cit.; ma si veda, altresì, Cass. 21 maggio 2012, n. 6061, cit.);
- in secondo luogo, la giurisprudenza – come si è visto – ha più volte individuato una responsabilità (precontrattuale) in capo all'impresa di assicurazione, nel caso in cui quest'ultima non abbia acquisito la sottoscrizione del “contratto quadro” da parte del contraente, in presenza di polizze *linked* assimilabili a prodotti finanziari (tale ipotesi è sostanzialmente condivisa da tutta la giurisprudenza di merito);

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

- infine, potrebbe essere prospettata una responsabilità – questa volta contrattuale – nel caso di violazione delle norme imperative che disciplinano il compimento delle singole operazioni di investimento, giacché – in tale caso – l’inadempimento sarebbe successivo alla conclusione del contratto quadro di negoziazione ed avrebbe natura attuativa di obblighi assunti dall’impresa di assicurazione all’atto della sottoscrizione di tale contratto.

In tale contesto, il contraente è chiamato a dimostrare la sussistenza di un nesso causale tra la violazione dell’obbligo informativo o comportamentale ed il danno; e così dovrebbe, ad esempio, dimostrare che, se avesse avuto informazioni complete da parte dell’impresa di assicurazione, non avrebbe sottoscritto la polizza (Trib. Venezia, 24 giugno 2010, cit.).

7.4. La quantificazione del danno

In merito ai criteri di quantificazione del danno, si potrebbe prendere le mosse dalle Sentenze sopra richiamate, dalla Sentenza della Suprema Corte in materia di determinazione del “maggior danno” (Cass. S.U. 16 luglio 2008, n. 19499) e da qualche ulteriore considerazione di carattere finanziario.

La giurisprudenza sopra richiamata ha, normalmente, liquidato il danno in misura pari alla rivalutazione e agli interessi legali (oltre alle spese).

Il cumulo della rivalutazione e degli interessi legali persegue l’obiettivo di reintegrare il contraente nella stessa situazione patrimoniale nella quale si sarebbe trovato se il danno non fosse stato prodotto, ove la rivalutazione costituisce una riespressione a valori attuali del capitale originario – cioè non “contaminato” dall’effetto inflattivo – e gli interessi legali rappresentano la compensazione del danno subito a causa del ritardo nella corresponsione del capitale originario.

Al proposito, occorre sottolineare come – da un punto di vista strettamente finanziario – il risultato che si ottiene per effetto del “cumulo” della rivalutazione monetaria e degli interessi legali conduce soltanto ad un’ approssimazione dell’interesse “reale” e, cioè, di una grandezza compensativa depurata dagli effetti dell’inflazione. Infatti, non è assolutamente detto che il tasso di interesse legale esprima un tasso di interesse reale e non risenta – in senso positivo o negativo – del tasso di inflazione.

Ma se la funzione degli interessi legali è quella di compensare il danno subito a causa del ritardo nella corresponsione del capitale originario, bisogna forse richiamare la Sentenza della Cassazione, ove – seppure nel contesto dei debiti di valuta – si osserva che: *«la più comune e prudente forma di investimento del denaro ha una redditività superiore al tasso dell’interesse legale, con la conseguenza che, per il debitore di un’obbligazione pecuniaria, in linea di massima continua a poter essere economicamente conveniente non adempiere tempestivamente, così lucrando la differenza tra quello che è agevolmente in grado di ricavare dal denaro non versato al*

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

creditore durante la mora debendi e quello che dovrà al creditore quando adempirà la propria obbligazione». Sulla base di tale premessa, la Suprema Corte esprime il principio secondo cui «nelle obbligazioni pecuniarie, in difetto di discipline particolari dettate da norme speciali, il maggior danno di cui all'art. 1224 c.c., comma 2 (rispetto a quello già coperto dagli interessi legali moratori non convenzionali che siano comunque dovuti) è in via generale riconoscibile in via presuntiva, per qualunque creditore che ne domandi il risarcimento – dovendo ritenersi superata l'esigenza di inquadrare a tale fine il creditore in una delle categorie a suo tempo individuate – nella eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno ai sensi dell'art. 1284 cod. civ., comma 1».

Ci si dovrebbe, pertanto, interrogare se – nelle controversie in materia di polizze *linked* – possa essere in qualche modo “adattato” il principio espresso dalla Suprema Corte in ordine all’opportunità di sostituire il tasso di rendimento dei titoli di Stato al tasso legale, attesa la maggiore rappresentatività del primo. Peraltro, occorrerebbe – forse – operare la scelta del tasso di riferimento alla luce dell’intervallo di tempo intercorso fra la sottoscrizione della polizza e la domanda risarcitoria, e, cioè, adottare un tasso di interesse di breve termine o di medio termine a seconda dei casi; ciò sul riflesso che – come è noto – può essere significativamente diverso il tasso dei B.O.T. rispetto a quello dei B.T.P.. La soluzione più semplice – tenuto conto dell’intervallo di tempo normalmente di medio termine – consisterebbe, peraltro, nell’adozione del c.d. “Rendistato”, indice calcolato dalla Banca d’Italia sulla base di un paniere composto da tutti i Buoni del Tesoro Poliennali (BTP) quotati sul Mercato Obbligazionario Telematico (MOT) e aventi vita residua superiore ad un anno.

Tuttavia, anche utilizzando un tasso di interesse maggiormente espressivo del rendimento ritraibile da un investimento alternativo, non si verrebbe ad un completo ristoro del danno subito dal contraente, giacché non si terrebbe conto del vantaggio – economicamente e finanziariamente corretto – ritraibile dal reinvestimento, di anno in anno, dei frutti di tale investimento alternativo. Occorrerebbe, quindi, maggiorare il risultato derivante dall’applicazione cumulata della rivalutazione e degli interessi compensativi attraverso la loro “capitalizzazione”, così da poter tenere conto della misura del danno “reale” cagionato al contraente.

In merito all’eventuale sussistenza di un eventuale danno non patrimoniale, pare opportuno richiamare quanto affermato dal Tribunale di Milano (Sentenza 12 febbraio 2010), ove – con riferimento ad una polizza *linked* – ha espresso il seguente principio: «Al riguardo pertanto, ricorrendone i presupposti, come anche di recente statuito dalla Suprema Corte in ordine alla risarcibilità dei danni conseguiti alla violazione della norma di buona fede, va considerato che l'attore ha patito di tutta evidenza un pregiudizio patrimoniale e non; il primo è legato alla ritardata possibilità di disporre

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

dell'importo costituito dal capitale minimo garantito, ma soprattutto, tenendo in conto che una polizza vita risponde all'esigenza del contraente di tutelare i suoi risparmi e svolge una funzione previdenziale con connotazione pensionistica, ha sottratto all'attore, ormai non più giovanissimo, la garanzia di poter disporre di mezzi proprio nel momento in cui ne potrebbe avere maggior bisogno, per cui si presume che sia stato costretto a procurarsi in altro modo introiti a copertura di quelli ormai incerti, che era riuscito ad accantonare; il pregiudizio non patrimoniale consiste invece nella naturale frustrazione che il rifiuto della società' età gli ha procurato, nella ansia ed apprensione per il suo futuro e quello dei suoi cari, nello stato di angoscia e di rabbia che procura l'illecita sottrazione di una così ingente somma che riteneva invece di avere posto in sicurezza».

In senso contrario si è espresso l'Arbitro Bancario Finanziario (Decisione 26 marzo 2010, n. 169), in cui il ricorrente – nell'ambito di un contratto bancario – «imputando alla banca inadeguata diligenza professionale ex art.1176, comma 2 c.c. – per non avere tempestivamente rilevato l'anomalia delle operazioni di prelievo eseguite sul suo conto – lamentava un danno non patrimoniale conseguente ad “ansia, turbamento, grave limitazione del diritto di autodeterminazione”». Il Giudice adito si è pronunciato nei seguenti termini: «A questo riguardo, è pertinente il richiamo alla pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite n. 26972/2008 che, offrendo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., condiziona la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla lesione di un diritto della persona - nei casi in cui tale risarcibilità non sia prevista espressamente dalla norma - alla sussistenza di tre condizioni: a) che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale; b) che la lesione dell'interesse leso sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia di minima tollerabilità; c) che il danno non sia futile, ossia che non consista in meri disagi o fastidi”. Nella fattispecie in esame, valutando le allegazioni fattuali che il ricorrente ha enumerato a corredo della domanda risarcitoria, alla luce del principio giurisprudenziale innanzi richiamato, non vi è alcun dubbio che la pretesa risarcitoria risulti infondata in quanto carente delle tre circostanze condizionanti la risarcibilità del danno non patrimoniale esistenziale».

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

7.5. La consulenza tecnica

Ove si ritenga di conferire incarico di consulenza tecnica d'ufficio, in ambito civilistico, i quesiti potrebbero essere i seguenti.

«Il Consulente Tecnico d'Ufficio, letti gli atti e i documenti di causa, predisponga analitica relazione scritta sui seguenti quesiti:

- *descriva le caratteristiche tecniche delle Polizze sottoscritte dal Contraente;*
- *descriva le prestazioni del Contraente e specifichi se esse siano consistite in un premio unico ovvero in premi ricorrenti, quantificandone l'ammontare complessivo;*
- *descriva le prestazioni dell'Impresa Assicurativa e ne illustri i criteri di calcolo;*
- *specifichi se il rischio finanziario sia stato, in tutto o in parte, trasferito sul Contraente;*
- *specifichi se le Polizze incorporassero o meno il rischio demografico;*
- *valuti se, nella struttura delle Polizze, fosse prevalente la "componente assicurativa" ovvero la "componente finanziaria";*
- *accerti se – all'atto della sottoscrizione delle Polizze – siano state rispettate le prescrizioni dettate dall'ISVAP, con riguardo alle Polizze in esame, e dalla CONSOB, relativamente ai prodotti finanziari;*
- *in particolare, accerti se la sottoscrizione delle singole Polizze sia avvenuta in esecuzione di un contratto quadro di negoziazione, sottoscrizione, collocamento e raccolta ordini concernenti valori mobiliari e se il contratto quadro sia stato preceduto dall'acquisizione del profilo di rischio del Contraente;*
- *verifichi se sia stato consegnato al Contraente, all'atto della sottoscrizione, il documento concernente i rischi di ciascun investimento;*
- *verifichi la coerenza di ciascuna Polizza con le esigenze e il profilo di rischio del Contraente;*
- *accerti se – nel corso del rapporto – il livello di informazione sia stato adeguato e tempestivo rispetto al reale livello di competenza del Contraente, con particolare riguardo alle modalità di verifica dei rendimenti;*
- *quantifichi l'ammontare delle commissioni e dei costi di gestione e verifichi se gli stessi fossero adeguati rispetto al risultato prevedibile delle Polizze;*
- *quantifichi il risultato complessivo della gestione, distinguendo – da una parte – le prestazioni del Contraente e – dall'altra – quelle dell'Impresa di Assicurazione, suddividendole per singole voci;*
- *verifichi se il risultato complessivo della gestione sia stato coerente con il profilo di rischio del Contraente e con le aspettative che questo riponeva nelle Polizze;*

RELAZIONI A CONVEGNI

POLIZZE UNIT LINKED E INDEXLINKED

- *illustri quale sarebbe stato il risultato della gestione, ove il Contraente avesse investito le somme versate in titoli di Stato, utilizzando – per la relativa quantificazione – l'indice “Rendistato”;*
- *effettui lo stesso calcolo di cui al punto precedente, capitalizzando – al termine di ciascun anno solare – gli interessi che sarebbero stati ritratti dall'investimento alternativo.*

DIZIONARIO GIURIDICO

PRESENTAZIONE DELLA RUBRICA: “DIZIONARIO GIURIDICO”

La Rivista presenta una nuova sezione intitolata “Dizionario giuridico”. Lo scopo è quello di mettere a confronto, attraverso specifiche voci, anche di diritto straniero, discipline giuridiche appartenenti a settori o rami del diritto diversi (privato, commerciale, pubblico). E ciò al fine di offrire una sintesi, che consenta e faciliti il “dialogo” tra categorie e regole inseriti in differenti aree del diritto. Ad esempio, con riferimento a determinate voci, può essere utile il raffronto tra le concezioni dei giuristi che si occupano di diritto privato e quelle di coloro che si occupano di diritto pubblico. E gli esempi possono moltiplicarsi.

D'altra parte questa pare essere una tendenza attuale in ambito europeo (cfr. Armin von Bogdandey, *Prospettive della scienza giuridica nell'area giuridica europea. Una riflessione sulla base del caso tedesco*, in Foro it., 2012, 54 ss.).

“Si tratta” - dice E.Scoditti (a commento dello scritto di von Bogdandey richiamato) - “(..) di puntare ad una rielaborazione del sapere giuridico lungo due direttrici: l'apertura ad altre discipline [non giuridiche] e una definizione non settoriale degli oggetti di ricerca”.

La sezione è rivolta soprattutto a chi opera quotidianamente in determinati campi del diritto (magistrati, professionisti, dipendenti privati e pubblici e gli stessi docenti).

L'ORDINAMENTO GIURIDICO INTRODUZIONE

L'Autore, nella introduzione allo scritto sull'ordinamento giuridico, enuncia in sintesi le varie teorie che sono state elaborate sul l'argomento. Seguiranno un breve cenno sull'ordinamento giuridico secondo la teoria normativistica di Kelsen e Bobbio (parte prima; una seconda dedicata parte alla teoria istituzionale di Santi Romano e; infine, una terza parte avente ad oggetto l'ordinamento giuridico come sistema complesso.

di **MARCO CASAVECCHIA**

Il problema dell'utilità (per gli operatori del diritto) di una teoria dell'ordinamento giuridico.

Il diritto in senso oggettivo vigente in un determinato Stato è costituito da un insieme sterminato, e non numerabile (anche se non infinito), di regole giuridiche o norme¹.

Se poi si sommassero tutte le norme vigenti nei vari Stati o nei vari ordinamenti giuridici, occorrerebbe giungere alla stessa conclusione. Le norme sarebbero, anche in tal caso, moltissime e sarebbe impossibile determinarne il numero. Infatti, distinguendo tra *norme* e fonti delle medesime (o *disposizioni normative*)², si constata che né le norme che hanno per fonte i poteri statuali, né quelle che nascono nel c.d. regno dell'autonomia privata o in ambito giudiziario (per effetto di sentenze) sarebbero numerabili. Per le prime sarebbe sempre incerto, anche avendo come punto di riferimento un certo giorno di un certo anno o, se si vuole essere più precisi, un certo attimo di un certo giorno di un certo anno, il numero delle disposizioni (e con esse il numero delle norme) che vengono emanate dal potere legislativo in senso lato, se a queste vengono sommate quelle analogiche dalle prime indotte e che vengono emanate dalla Magistratura. Per le seconde è ovvia l'impossibilità di *contare* le varie regole che nascono a seguito dell'attività negoziale dei vari soggetti di un determinato ordinamento giuridico o le varie regole fissate dalla Magistratura nell'ambito dell'esercizio della sua attività giurisdizionale³. Anzi, siccome (e lo si vedrà in seguito) non vi è corrispondenza biunivoca tra disposizioni normative (o fonti di produzione delle norme) e norme, la non numerabilità è duplice: riguarda sia le disposizioni normative (che, temporalmente, nascono prima), che le norme (che, per essere tali, abbisognano dell'attività di interpretazione delle disposizioni normative e, quindi, si formano successivamente e, in alcuni casi, mai).

Da qui l'esigenza - al fine di mettere ordine in questo vasto insieme - di suddividere il diritto in diversi settori: *diritto privato, diritto pubblico, diritto nazionale,*

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

internazionale eccetera. E da qui le prime teorie dei vari settori o rami del diritto. Teorie perché, almeno in parte, i trattati di diritto privato, pubblico, penale eccetera, da una parte, e previa una breve trattazione sul “diritto in generale”, tendono ad esporre le disposizioni normative così come sono e, dall’altro, inevitabilmente, le interpretano trasformando le disposizioni in norme.

Trattati, quindi, costituiti, in parte, da un linguaggio descrittivo di “fatti produttivi” di norme (le disposizioni giuridiche) e, in parte, da un linguaggio valutativo tendente a dire che quelle determinate disposizioni “ $X_1, X_2, X_3 \dots X_N$ ”, in quanto interpretate alla luce di certi criteri, valgono come regole dell’agire umano e cioè come norme “ $N_1, N_2, N_3 \dots N_N$ ”⁴.

E’ nell’ambito di detti studi, che possono qualificarsi di carattere *dogmatico*, che nascono già le prime teorie generali del *negozio giuridico*, del *contratto*, delle *obbligazioni*, dello *Stato*, del diritto *europeo e comunitario*, del *diritto penale eccetera*⁵.

Il processo di astrazione non si è comunque fermato alle prime pagine dei vari trattati di discipline giuridiche specifiche o negli studi specifici su particolari istituti giuridici. Si è ben presto arrivati, come dice L. Ferrajoli (Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto, Laterza, 2007, 3-4), a vere teorie generali del diritto.

La <<teoria generale del diritto>> -dice detto Autore-, quale sistema di concetti e di asseriti distinto e autonomo dalle discipline giuridiche particolari (del <<diritto civile>>, del <<diritto penale>>, del <<diritto processuale>>, del <<diritto pubblico>> di un dato ordinamento), è un prodotto del secolo XX.

Alla scienza giuridica ottocentesca essa si collega attraverso due diverse tradizioni: da un lato, le grandi sistemazioni dottrinarie, in particolare del diritto civile e del diritto pubblico, elaborate nell’Ottocento nei paesi dell’Europa continentale; dall’altro, la *jurisprudence* dei paesi di *common law* inaugurata da John Austin, rivolta alla chiarificazione dei concetti giuridici fondamentali e allo studio in via generale e astratta dei fenomeni giuridici condotti con impostazione analitica e induttiva. A queste due tradizioni risale gran parte dei concetti più elementari della teoria del diritto, come <<norma giuridica>>, <<obbligo>>, <<soggetto di diritto>>, <<personalità giuridica>>, <<capacità>>, <<diritto soggettivo>>, <<sanzione>>, <<atto giuridico>>, <<negozio giuridico>> e simili.

Solo nel secolo appena trascorso, tuttavia, la teoria del diritto ha assunto, grazie soprattutto all’opera di Hans Kelsen, il carattere di una disciplina autonoma e sistematica, volta all’identificazione e all’analisi delle strutture formali degli ordinamenti giuridici indipendentemente dai valori che li informano e dai loro concreti e variabili contenuti prescrittivi. L’orizzonte culturale entro il quale essa si iscrive è il positivismo giuridico, quale concezione così del diritto come della scienza giuridica. I suoi presupposti metateorici sono stati fino ad oggi le caratteristiche strutturali del diritto positivo <<moderno>>, quali si sono venuti configurando con la nascita dello

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

stato di diritto liberale e, poi, con la sua rifondazione costituzionale: il principio di legalità come norma di riconoscimento e fonte di legittimazione del diritto vigente, i limiti e i vincoli imposti dalla costituzione alla stessa legislazione, la giurisdizione come applicazione della legge, il monopolio statale e legale della produzione giuridica, la conseguente forma statale del diritto e la forma giuridica dello Stato e, per altro verso, la rappresentatività politica delle funzioni legislative e di governo, la separazione dei pubblici poteri, l'uguaglianza, infine, degli esseri umani in quanto tutti dotati di personalità giuridica e titolari di diritti fondamentali.

Con il distacco sempre più accentuato tra gli studi specifici dei vari settori o rami del diritto e le teorie generali del diritto, si è pervenuti a varie teorie generali dell'*ordinamento giuridico*, tutte più o meno tese a comprendere in un unico sistema strutturato e ordinato di norme l'intero diritto in senso oggettivo⁶. E per intero diritto in senso oggettivo si è inteso, a volte, l'intero ordinamento dei paesi di *Civil Law* e di *Common Law*⁷ e, altre volte, anche i diritti storici (v.si, ad esempio, G.Grosso che ha inteso presentare l'intero diritto romano alla luce della teoria istituzionale di Santi Romano)⁸.

La teoria del diritto può estendersi molto di più.

La questione dell'estensione della teoria del diritto –dice, ad esempio L.Ferrajoli (La semantica della teoria del diritto in La teoria generale del diritto. Problemi a tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio a cura di Uberto Scaupelli, Comunità, 1983, 82 e segg.)- si identifica con quella degli ambiti di esperienza cui la teoria può essere applicata e in riferimento ai quali le sue tesi devono risultare vere. Riguarda certamente l'estensione della teoria il (discutibile) carattere “generale” comunemente associato alla teoria del diritto nella locuzione teoria generale del diritto. Dell'estensione mi limiterò a dire, in queste pagine, che essa è rimessa alla libera scelta del teorico e in ogni caso varia, secondo un noto principio logico, inversamente all'intensione della teoria. Si possono ipotizzare due casi limite. Può aversi il caso di una teoria del diritto che assuma come proprio riferimento empirico tutti i diritti positivi esistenti e esistiti o addirittura possibili o pensabili, dagli ordinamenti giuridici delle comunità primitive a quelli evoluti e complessi degli stati moderni fino al diritto internazionale. E può aversi, all'estremo opposto, il caso di una teoria del diritto il cui universo di discorso sia programmaticamente circoscritto a un solo sistema giuridico: per esempio il diritto positivo italiano il giorno 31 dicembre 1982, o il diritto positivo romano al tempo delle XII Tavole. Nel primo caso, particolarmente diffuso tra i filosofi del diritto di formazione idealistica, avremo una teoria del diritto tendenzialmente filosofica, volta all'elaborazione di concetti giuridici universali in quanto idonei ad essere applicati o interpretati in tutti gli ambiti di esperienza giuridica possibili; e che dunque sarà una teoria del diritto oltre che estremamente generale anche estremamente generica ed elementare, dotata di massima estensione ma anche di minima intensione, e perciò di scarsa capacità analitica ed esplicativa nei riguardi delle strutture assai

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

differenziate esibite dai diversi diritti positivi. Nel secondo caso avremo al contrario una teoria del diritto che tende ad appiattirsi sulla dogmatica giuridica dello specifico diritto positivo con riferimento esclusivo al quale le sue tesi devono risultare vere; e che dunque sarà una teoria del diritto niente affatto generale né generalizzabile, di portata esplicativa limitata al singolo ambito di esperienza assunto come suo campo osservativo, e però dotata di una massima intensione ma anche di una minima estensione o portata empirica.

Le più importanti teorie del diritto sviluppate in questo secolo sono una via di mezzo; non sono teorie “generali” (per quanto rivendichino spesso questa qualifica), nel senso che non sono interpretabili o verificate entro tutti gli ambiti di esperienza giuridica esistenti o esistiti o addirittura possibili, ma solo con riferimento a sistemi giuridici storicamente determinati quali sono i diritti statali moderni. E non sono neppure teorie del diritto di portata o estensione limitata a un solo sistema giuridico, dato che la capacità esplicativa e la portata empirica dei loro termini e delle loro tesi riguardano più sistemi di diritto positivo sia pure tra loro omogenei. Ciò che qui importa stabilire è che ogni teoria del diritto, in quanto teoria empirica, ha sempre un suo campo osservativo spazialmente e temporalmente determinabile la cui estensione è inversamente proporzionale all'intensione della teoria; e che d'altra parte l'attributo “generale” associato di solito a “teoria del diritto” è un'espressione al tempo stesso equivoca e ridondante, che allude solo alla portata empirica più ampia che ogni teoria del diritto, in quanto teoria, possiede rispetto alle dogmatiche specifiche dei singoli sistemi di diritto positivo.

Detti studi hanno, poi, assunto diverse denominazioni: <<Teorie dell'ordinamento giuridico>>, <<Teorie generali del diritto>>, <<Sistema e struttura nel diritto>>⁹, <<Teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica>>¹⁰ eccetera. E ciò con le inevitabili critiche e con le inevitabili estensioni della locuzione <<ordinamento giuridico>>. (Il tutto con la seguente avvertenza: che l'*ordinamento giuridico* è l'oggetto [o, se si vuole, il *linguaggio oggetto*] delle *teorie generali del diritto* e con la conseguenza che l'ordinamento giuridico è creazione non del legislatore, bensì dei teorici o filosofi del diritto)¹¹.

Per G. Tarello (<<Ordinamento giuridico>>, in *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, 1988, 177 e segg.), ad esempio (e trattando della teoria di N. Bobbio):

La teoria formale dell'ordinamento inteso come «struttura normativa del diritto» ha incluso nella trattazione di Bobbio quattro sottoteorie: 1) la teoria dell'unità dell'ordinamento, che nell'opera di Bobbio ha assunto come modello, con qualche correzione, la normodinamica di Kelsen; 2) la teoria della coerenza dell'ordinamento, fortemente ideologizzata a mio avviso, che si è appoggiata alla vecchia giurisprudenza sistematica; 3) la teoria della completezza dell'ordinamento, per cui Bobbio si è posto su linee diverse da quella di Donato Donati, avendo presente la normodinamica kelseniana;

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

4) la teoria della pluralità degli ordinamenti e dei rapporti tra ordinamenti, nella quale Bobbio ha fatto omaggio solo terminologico a Santi Romano.

A questo punto, anche nella scuola italiana di teoria generale del diritto, la locuzione «ordinamento giuridico» si è tecnicizzata. Essa è venuta a designare il diritto come struttura normativa caratterizzata da unità, coerenza e completezza.

In ciò, si tratta di una tecnicizzazione sorretta, a mio avviso, da forte carica ideologica, e perciò, tutt'altro che una stipulazione funzionale ad una considerazione «formale». Essa incorpora, come dicevo, tre dogmi (dell'unità, coerenza, completezza) e postula che l'organizzazione giuridica abbia per elemento norme, cioè entità assolutamente indefinite. Essa, ad esempio, se accolta, induce a presentare le attività di cosiddetta interpretazione come di fatto conseguenti all'esistenza di norme, anziché a presentare le cosiddette norme come la conseguenza o il risultato di attività di interpretazione (cosiddetta); essa, ad esempio, se accolta, tende a presentare come campi di soluzione teoretica le cosiddette antinomie, celandone la natura di campi di battaglie pratiche; e così via.

Perciò: si assiste, in talune aree linguistiche e nell'ambito di taluni movimenti dottrinali, ad un processo di specializzazione e tecnicizzazione di «ordinamento giuridico» e di «Rechtsordnung». Ma, a mio avviso, tale processo non va assecondato da chi preferisce le tecnicizzazioni di vocaboli e locuzioni del tipo neutrale. Meglio, per chi ha questa preferenza, lasciare il vocabolo «ordinamento» al flessibile e mutevole uso ordinario, ove sta per sinonimo di diritto, e può essere usato senza altra preoccupazione che quella di ... usarlo il meno possibile.

Con L. Ferrajoli - e con l'utilizzo (così parrebbe) di una terminologia in parte mutuata da quella della matematica secondo la visione di D. Hilbert¹² - si perviene a una <<...teoria del diritto costruita con il metodo assiomatico>> (op. cit., Prefazione, V)¹³.

Non solo: gli stessi “dizionari giuridici” appartengono, si può dire, a tale pretesa di astrazione (v.nsi, ad es.: S.Romano, Frammenti di un dizionario giuridico, Giuffrè, 1983; N. Bobbio, Contributi ad un dizionario, Giappichelli, 1994; L.Ferrajoli, Dizionario critico del diritto, Savelli (Milano), 1980).

Infine: è frutto di tale movimento di astrazione l'introduzione della logica (deontica o delle norme, giuridica o pragmatica) nel campo del diritto (v.nsi, sul punto, in particolare, G.Kalinowski, Introduzione alla logica giuridica, Giuffrè, 1971; C.Perelman, Logica giuridica, nuova retorica, Giuffrè, 1979 eccetera).

Quindi tante teorie generali del diritto quante sono le concezioni, le filosofie dei loro Autori, anche se tutte tendenti (almeno nell'ambito della filosofia *analitica*), sostanzialmente, ad “approfondire-modificare” (eccezion fatta, forse, per Ferrajoli) con tante o poche varianti, la teoria “pura” del diritto di H. Kelsen e, in Italia,, quella di N. Bobbio e della sua scuola. Teorie, lo si ripete, che nella pretesa di porre ordine all'insieme delle disposizioni giuridiche e delle correlate norme, cercano di enucleare

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

delle “*invarianti*”, qualcosa che abbia validità universale rispetto al mondo caotico del diritto. Invarianti che, come le “leggi” o le “costanti” della fisica¹⁴, assumono –almeno nel campo del diritto- sempre più l’aspetto di una esasperata struttura formale e astratta. Struttura che, però (e al di là di dichiarazioni in contrario), vengono a costituire un particolare (e a volte assorbente) criterio di interpretazione delle disposizioni giuridiche. E, ovviamente, alle tante teorie generali del diritto corrispondono, specularmente, altrettanti concetti di <<ordinamento giuridico>>. Volendo seguire R.Guastini (La sintassi del diritto, Giappichelli, 2011, 227 e segg.) si avrebbero, come minimo, tre concetti di ordinamento: (1) l’ordinamento come insieme di norme; (2) l’ordinamento come complesso di istituzioni (concetto, quest’ultimo, che caratterizza la teoria istituzionale di Santi Romano di cui si parlerà in seguito); (3) l’ordinamento come “sistema”.

0.2. Alla pretesa matematizzante del diritto (che risale a Leibniz) si è contrapposto e si contrappone la teoria istituzionale del diritto. Teoria che, essa pure, parla di <<ordinamento giuridico>>. S. Romano (L’ordinamento giuridico, Firenze, Sansoni, 1945, 25 e segg.) enuncia la teoria come segue:

Il concetto di diritto deve, secondo noi, contenere i seguenti elementi essenziali.

a) Anzitutto deve ricondursi al concetto di società. Ciò in due sensi reciproci, che si completano a vicenda: quel che non esce dalla sfera puramente individuale, che non supera la vita del singolo come tale, non è diritto (*ubi ius ibi societas*), e inoltre non c’è società, nel senso vero della parola, senza che in essa si manifesti il fenomeno giuridico (*ubi societas ibi ius*).

Senonché quest’ultima proposizione presuppone un concetto di società, che è assolutamente necessario porre in rilievo. Per società deve intendersi non un semplice rapporto fra gli individui, come sarebbe, per esempio, il rapporto di amicizia al quale è estraneo ogni elemento di diritto, ma un’entità che costituisca, anche formalmente ed estrinsecamente, un’unità concreta, distinta dagli individui che in essa si comprendono. E deve trattarsi di un’unità effettivamente costituita: tanto per addurre un altro esempio, una classe o un ceto di persone, non organizzato come tale, ma determinato da una semplice affinità fra le persone stesse, non è una società vera e propria...

b) Il concetto del diritto deve, in secondo luogo, contenere l’idea dell’ordine sociale: il che serve per escludere ogni elemento che sia da ricondursi al puro arbitrio o alla forza materiale, cioè non ordinata...

c) L’ordine sociale che è posto dal diritto non è quello che è dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinano i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera. Il che vuol dire che il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante ... Se così è, il concetto ci sembra necessario e sufficiente per

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

rendere in termini esatti quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente, è il concetto di istituzione. Ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta.

0.3. La teoria istituzionale del diritto e, con essa, le varie teorie *more geometrico constructae* pare stiano per essere superate da una nuova teoria che concepisce l'insieme del diritto come un sistema complesso, intendendo per tale un sistema che, in parte, si autorganizza, soggetto, quindi, a fenomeni di *retroazione* (feed-back) tipici di tutti i sistemi complessi¹⁵.

0.4. Come esistono tante teorie generali del diritto e altrettanti concetti di ordinamento giuridico, così esistono teorie che negano l'utilità di simili teorizzazioni e astrazioni. Si è già visto che, ad esempio, per G.Tarello (op. cit.) occorre riferirsi alla locuzione <<ordinamento giuridico>> il meno possibile.

V'è poi, chi vorrebbe “rifondare la scienza giuridica” proprio sulla negazione del concetto di <<ordinamento>>, specie di quello elaborato da H.Kelsen.

F.Gallo, nel suo “. . . libro della vita . . .” (Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica, Giappichelli, 2010), vorrebbe che il comportamento umano venisse disciplinato alla luce del precetto di Celso per il quale: “Jus est ars boni et aequi”, dove:

Nella prospettiva dinamica di Celso, abbracciante l'intero fenomeno giuridico, il *bonum* indica il ‘buono’, rappresentato, nell'ars del diritto, dalla soluzione buona (la migliore possibile), che l'uomo trova con la sua intelligenza e capacità nel produrlo, interpretarlo e applicarlo. Così inteso, il *bonum* costituisce il risultato concreto dell'applicazione del criterio della ragionevolezza mentre con *aequum* il giurista romano espresse il criterio dell'eguaglianza proporzionale, che aveva allora e conserva tuttora piena validità nell'intero fenomeno giuridico: in tutte le attività (produzione, interpretazione, applicazione), in cui esso si esplica. L'individuazione dei supremi criteri dell'ars iuris, che ne guidano l'esercizio, costituiscono, congiuntamente all'artificialità, il fondamentale contributo recato dal giurista romano all'elaborazione scientifica del diritto. Senza il loro recupero non si sono finora eliminate le storture, pur largamente percepite, presenti nel diritto e nella “scienza giuridica” e dove, ancora *il bonum e l'aequum* non sono, elementi autonomi affiancati nel binomio. Nella definizione celsina il sintagma *bonum et aequum* è un'endiadi, in cui i due segni si integrano reciprocamente, assumendo compiuto significato nella complementarità. Il sintagma esprime sinteticamente il ‘buono’ (come si è già rilevato, nel senso della soluzione ottimale) rispondente all'eguaglianza proporzionale”.

Per giungere (nella nota 102, pag. 76) ad una concezione del diritto molto simile a quella teorizzata da K.Marx.

Il diritto, per Marx, è mai “uguale in una situazione economica diseguale”¹⁶.

Per Gallo:

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

L'uguaglianza può essere rigorosa (fisica o matematica) oppure presentare margini di elasticità. Nella lingua latina, per i casi del primo tipo, si usava preferibilmente la sequenza *aequalis, aequaliter, aequalitas* e, per quella del secondo, la sequenza *aequus, aequae, aequitas*. In Cicerone (*de off.*, 2, 12, 41) si trova il sintagma *ius aequabile*, esprime la modulazione del diritto nelle diverse situazioni. L'uguaglianza tra le persone, nel campo giuridico, appartiene al secondo tipo. Essa vi appare coniugata con la proporzione, atteggiandosi come eguaglianza proporzionale: a situazione eguale corrisponde un trattamento eguale e a situazione diseguale un trattamento diseguale; il trattamento eguale di situazioni diseguali concreta una diseguaglianza (che i romani rappresentavano con i segni *iniquum* e *iniquitas*, esprimenti il contrario dell'*aequum*: cfr., ad esempio, *Gai.* 3,49-51; 3,72-73 e 4,126). Può aggiungersi copia di altre testimonianze per il diritto romano, come può addursi copia di esempi per il diritto attuale. Ne indico due tra questi ultimi. La 'scorta' viene disposta per taluni magistrati e titolari di cariche dello stato: manca la stessa disponibilità materiale di disporla per tutti. L'istruzione e la formazione sono obbligatorie per tutti, ma solo <<i>capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i più alti gradi degli studi<>> (art. 34, comma 3, correlato ai due precedenti, *Cost.*). L'assegnazione di una borsa di studio per la partecipazione a un dottorato di ricerca ad un giovane dotato di altre qualità, ma non dell'attitudine alla ricerca scientifica, dà luogo ad una disuguaglianza, contrastando altresì con la ragionevolezza (art. 34, comma 4, *Cost.*).

E in effetti se si pensa che, attualmente, quasi tutto il diritto è frutto dell'attività degli Stati e che la stessa attività dei privati (c.d. *regno dell'autonomia privata*) e della magistratura (*sentenze*) è rigidamente regolata dalle leggi, sicchè i termini "leggi" (o "disposizioni normative") e "diritto (insieme di norme) quasi si confondono, ci si può legittimamente interrogare sull'utilità di teorie dell'ordinamento giuridico. E ciò quando già esistono: (1) il linguaggio prescrittivo del legislatore (nei suoi tre aspetti tradizionali: sintattico, semantico, pragmatico); (2) il metalinguaggio della c.d. *dogmatica*, laddove questa può essere definita <<. . . come l'insieme dei concetti e degli asserti rivolti alla chiarificazione e all'esplicazione del senso delle norme [o, forse meglio, delle disposizioni o enunciazioni normative], elaborati e al tempo stesso verificabili o confutabili giuridicamente mediante l'analisi del linguaggio legale, formulati in un linguaggio rispetto a questo metalinguistico e che da questo ricava dogmaticamente le regole d'uso>> (così L.Ferrajoli, *La semantica*. . ., 111). Di fronte al linguaggio "comune" del legislatore (L_1) e al metalinguaggio delle Università, delle varie istituzioni, della dottrina, della giurisprudenza (esso pure "comune", ma già più tecnicizzato) (vari L_2), che bisogno c'è di un ulteriore metalinguaggio (o L_3)? Non vi è il rischio che le teorie generali del diritto, con la loro pretesa di mettere ordine, seminino ulteriore disordine e finiscano con il rinchiudere il diritto nel proprio linguaggio, attraverso interpretazioni intratestuali e formalistiche, allontanandolo dai problemi (economici, culturali, scientifici) della vita?

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

0.5. Da qui l'esigenza di una discussione che riguardi tali tematiche, nella speranza che queste siano utili specie ai giuristi che operano come avvocati, avvocati d'impresa, dipendenti pubblici, magistrati eccetera.

Chi scrive è, infatti, convinto che ogni apertura dello studio del diritto ad altre discipline sia utile. D'altra parte è proprio ciò che auspica A.von Bogdandy, direttore dell'istituto Max Plank di diritto pubblico comparato internazionale (in *Prospettive della scienza giuridica europea. Una riflessione sulla base del caso tedesco*, *Foro it.*, 2012 V, 54 e segg.). Auspicio così riassunto da E.Scanditti (in *La scienza giuridica e i signori del diritto*, *Foro it.*, 2012, V, 241 e segg.):

Non è un definitivo congedo dalla dogmatica ciò che Armin von Bogdandy propone nel suo testo *Prospettive della scienza giuridica nell'area giuridica europea. Una riflessione sulla base del caso tedesco*, in *Foro it.*, 2012, V, 54. Si tratta, più precisamente, di puntare ad una rielaborazione del sapere giuridico lungo due direttrici: l'apertura ad altre discipline e una definizione non settoriale degli oggetti di ricerca. L'emancipazione sia da una metodologia esclusivamente giuridica che dal punto di vista settoriale della fonte (diritto statale o diritto dell'Unione europea) o della materia (diritto amministrativo, diritto privato, ecc.) dovrebbe condurre ad un diverso modo di intendere il lavoro dogmatico. Il presupposto storico di questo cambiamento è l'affermarsi del diritto dell'Unione europea. E' il diritto comune europeo che impone una scienza giuridica comune. La posta in gioco è la capacità di stare dentro un sistema globalizzato del sapere giuridico, rispetto al quale, con la sua connaturata interdisciplinarietà, la cultura giuridica americana sembra essere molto più a suo agio.

Apertura verso il *nuovo* e *allontanamento* dalle posizioni di H.Kelsen già presente in N.Bobbio (e poi proseguita dalla sua scuola). Infatti –dice A.Calsamiglia (in *Una lettura antikelseniana di Bobbio*, in *Analisi e Diritto* 1993, *Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P.Comanducci e R.Guastini, 31 e segg. e, in particolare, 39):

Nel campo della metateoria del diritto Kelsen è stato il grande difensore di una teoria giuridica autonoma, sistematica, e unitaria. Bobbio –pur condividendo molte idee kelseniane- ha condotto la teoria giuridica lungo percorsi nei quali l'autonomia (sia nel senso della neutralità, sia in quello del monismo metodologico) è criticata, sfumata, se non esplicitamente criticata. L'ultimo Bobbio propone una teoria struttural-funzionale, che insiste sul rapporto tra il diritto e le altre scienze sociali. La teoria giuridica successiva insisterà sul rapporto tra il diritto, l'economia, l'etica normativa, e le teorie della giustizia. L'analisi economica del diritto, la scuola di Hart, Raz, o Finnis, i "Critical Legal Studies", o la teoria normativa di Dworkin sono tutti buoni esempi dell'abbandono dell'ideale della purezza, intesa come autonomia dalla politica e autonomia metodologica.¹⁷

0.6. Lo scritto è suddiviso in una Prima parte tesa a presentare la teoria dell'*ordinamento giuridico* quale deducibile da alcuni scritti di N. Bobbio¹⁸, in una

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

Seconda parte nella quale si presenta in breve la teoria *istituzionale* del diritto e in una Terza parte nella quale si cercherà di aprire le porte del diritto agli attuali aspetti della *complessità*. E su tale fenomeno, mentre si terrà in primaria considerazione il volume di U.Pagallo (La teoria giuridica della complessità), si cercherà di salvaguardare sia gli aspetti ritenuti ancora utili della teoria dell'ordinamento giuridico quale elaborata da H.Kelsen e da N.Bobbio, sia di aprire le porte del diritto alle discipline scientifiche (neuroscienze, discipline economiche eccetera) e a quelle umanistiche (discipline morali, Law as Literature eccetera).

¹ Chi volesse fare un raffronto tra l'ordinamento giuridico e quello matematico constatarebbe che mentre il primo è costituito da un numero finito di regole anche se non numerabili, il secondo è costituito sempre da un numero infinito di numeri, a volte numerabili, a volte no (nel caso dell'infinito dei numeri reali, costituito anche dai numeri trascendenti [es.: π greco, e base dei logaritmi naturali], l'infinito non sarebbe numerabile. V.nsi, per la grande varietà di tipi di numeri, L.Cresci, I numeri celebri, Bollati Boringhieri, 2000, nonché J.Stewart, Domare l'infinito. Storia della matematica dagli inizi alla teoria del caso. Bollati Boringhieri, 2011, 34-35, 53-69, 118-137 ecc.; P.Zellini, Numero e Logos, Adelphi, 2010; J.D.Barrow, L'infinito, A.Mondadori, 2005; B.Balzano, I paradossi dell'infinito, Bollati Boringhieri, 2003; P.Zellini, Breve storia dell'infinito, Adelphi, 1980; L.Lombardo Radice, L'infinito. Numeri, mondi, Dio, spazio, tempo. Da Pitagora a Cantor. Itinerari filosofici e matematici di un concetto di base, Ed. Riuniti, 1981; Gamow, Uno, Due, tre . . . infinito, BMM, 1952; T.Regge, Infinito – Viaggio ai limiti dell'Universo, Mondadori, 1994 eccetera).

² Per *disposizioni normative* si intendono sia quelle scritte, che quelle non scritte (v.si: A.Pizzorusso e S.Ferreri, Le fonti scritte, UTET, 1998 e G.Alpa, A.Guarneri, P.G.Monateri, G.Pascuzzi, R.Sacco, Le fonti non scritte e l'interpretazione, UTET, 1999, ambedue in Trattato di diritto civile diretto da R.Sacco), sia infine quelle consistenti in meri usi (v.si N.Bobbio, La consuetudine come fatto normativo, Giappichelli, 2010).

In sostanza per *disposizioni normative*, convenzionalmente, si intendono tutti i fatti che danno luogo a regole giuridiche consistano essi in comportamenti fattuali (usi o consuetudini), in enunciazioni normative scritte e non scritte. Quindi per *disposizioni normative* si intendono le *fonti delle norme* (leggi, regolamenti, atti amministrativi, dell'autonomia privata, sentenze).

³ Che le *sentenze* della Magistratura siano fonte di *norme giuridiche individuali* o, comunque, che la giurisprudenza, latamente, sia un *formante* del diritto è un dato acquisito (v.nsi: H.Kelsen, La dottrina pura del diritto, Einaudi, 1966; 267 e segg.; H.Kelsen, Teoria generale delle norme, Einaudi, 1985, 389 e segg.; H.L.A.Hart, Il concetto di diritto, Einaudi, 1965, 155-159, 166-173; A.Ross, Diritto e giustizia, Einaudi, 1965, 81 e segg.; 103 e segg.).

⁴ V.nsi, a titolo di esempio, M.Allara, Le nozioni fondamentali nel diritto civile, Giappichelli, 1958; F.Galgano, Trattato di diritto civile, vol. primo, Cedam, 2010; M.S.Giannini, Diritto amministrativo, vol. primo e secondo, Giuffrè, 1993; F.Antolisei, Manuale di diritto penale

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

(parte generale e speciale), Giuffrè 2000; Trattato di diritto privato (in più volumi) diretto da P. Rescigno, UTET, 1982; Trattato di diritto commerciale (in più volumi), diretto da G. Cottino, Cedam, 2007 eccetera.

⁵ V.nsi, a titolo di esempio: E. Betti, Teoria generale del negozio giuridico, ESI, 1994; M. Allara, La teoria generale del contratto, Giappichelli, 1955; G. Grosso, Problemi sistematici nel diritto romano. Cose-Contratti (a cura di L. Lantella), Giappichelli, 1974; G. Gorla, Il contratto (2 volumi), Giuffrè, 1955; R. Scognamiglio, Contratti in generale, Vallardi, 1961; G. Gilmore, La morte del contratto, Giuffrè (Giuristi stranieri di oggi), 1988; G. Alpa, Il metodo nel diritto civile, Contr. e Impresa, 1/2000, 397 e segg.; G. Alpa e M. Andenas, Fondamenti del diritto privato europeo, Giuffrè, 2009; Il diritto privato europeo (AA.VV. diretto da M. Bessone, a cura di A. Tizzano), Giappichelli, 2006); P. Stein, I fondamenti del diritto europeo, Giuffrè (Giuristi stranieri di oggi), 1987; Lezioni di diritto privato europeo [raccolte da G. Alpa e G. Capilli, Cedam, 2007; F.R. Antonelli e R. Cavalieri, rispettivamente: “Il processo di modernizzazione del diritto cinese” e “Diritto nella Cina socialista e post socialista”, in “La Cina” (a cura di M. Scarpari, G. Samarani e M. Scarpari), Einaudi, 2009, vol. III, 399 e segg. e 443 e segg.; Code european des contracts (coordinatore G. Gandolfi; Giuffrè, 2004; U. Mattei, Common Law. Il diritto anglo-americano, UTET, 192, Toni M. Fine, Il diritto americano (a cura di A.M. De Giacomo e A. Pera), Ed. XL, 2011; L. Ferrajoli, Diritto e ragione. Teoria del garantismo generale, Laterza, 1990.

⁶ V.nsi, sull'ordinamento giuridico e a titolo di esempio: H. Kelsen, La dottrina pura del diritto, Einaudi, 1966; H.L.A. Hart, Il concetto di diritto, Einaudi, 1961; A. Ross, Diritto e giustizia, Einaudi, 1965; N. Bobbio, Studi per una teoria generale del diritto, Giappichelli, 1970; C.S. Nino, Introduzione all'analisi del diritto, Giappichelli, 1996; G. Tarello, Cultura giuridica e politica del diritto, Il Mulino, 1988 (Parte seconda, par. 2, <<Ordinamento giuridico>> [173 e segg.] e Parte quarta, par. 4 “Sulla teoria (generale) del diritto [391 e segg.]); M.G. Losano, Sistema e struttura nel diritto (3 volumi), Giuffrè, 2002; U. Pagallo, Testi e contesti dell'ordinamento giuridico, Cedam, 2001; R. Guastini, La sintassi del diritto, Giappichelli, 2011.

⁷ V.si di H. Kelsen, General Theory of Law and State (traduzione italiana a cura di S. Cotta e G. Treves con il Titolo: “Teoria generale del diritto e dello Stato”), Etas Libri, 1966. Nella Prefazione, H. Kelsen asserisce: “*Lo scopo è stato duplice: in primo luogo, di presentare gli elementi essenziali in quella che l'autore è giunto a chiamare la « teoria pura del diritto », in modo da renderla accessibile a quei lettori che si sono formati nelle tradizioni e nella atmosfera della common law; in secondo luogo, di dare a quella teoria una formulazione tale che le permettesse di abbracciare i problemi e le istituzioni del diritto inglese e di quello americano, oltre a quelli dei paesi in cui vive la civil law, per i quali era stata formulata in origine. È da sperare che con questa riformulazione si sia conseguito un perfezionamento.*”

La teoria che verrà svolta nella parte principale di questo libro è una teoria generale del diritto positivo. Il diritto positivo è sempre il diritto di una data comunità: il diritto degli Stati Uniti, il diritto della Francia, il diritto messicano, il diritto internazionale. La teoria generale del diritto delineata qui si propone di pervenire ad una esposizione scientifica di quei particolari ordinamenti giuridici che costituiscono le corrispondenti comunità giuridiche. Questa teoria,

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

che è il risultato di un'analisi comparata dei diversi ordinamenti giuridici positivi, fornisce i concetti fondamentali con i quali si può descrivere il diritto positivo di una data comunità giuridica. Oggetto di una teoria generale del diritto sono le norme giuridiche, i loro elementi, il rapporto fra di esse, l'ordinamento giuridico nel suo insieme, la sua struttura, il rapporto fra i diversi ordinamenti giuridici e, infine, l'unità del diritto nella pluralità degli ordinamenti giuridici positivi".

(Su che cosa intenda H.Kelsen, per *scienza del diritto*, v.nsi: *La teoria pura del diritto*, cit., 93 e segg., nonché *Società e natura*, Bollati Boringhieri, 1992).

⁸ V.si: G. Grosso, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Giappichelli, 1967.

⁹ V.si, in tal senso, i tre volumi di M.G. Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, Giuffrè, 2002. I tre volumi portano i seguenti titoli: "Dalle origini alla Scuola storica" (Volume I); "Il Novecento" (Volume II), "Dal Novecento alla postmodernità" (Volume III). (Il Volume III tratta anche del diritto come "sistema complesso" nel senso in cui ne parla L. von Bertalanffy. Il capitolo IV di tale volume è interamente dedicato al "*sistema autopoietico del diritto*, esponendo il pensiero di N. Luhmann).

¹⁰ V. A. Falzea, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. La dogmatica*, Giuffrè, 1997.

¹¹ Prova ne sia che in un recente volume curato da F.D'Agostino e A.C.Amato Mangiambi dal titolo "Cento e una voce di teoria del diritto", si trovano sia la voce (n. 71) "Ordinamento giuridico", che quella (n. 99) "Teoria generale del diritto".

¹² P.Di Lucia (in *Assiomatica del normativo in Luigi Ferrajoli e assiomatica del linguaggio in Karl Bühler*, nel volume *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, a cura di Paolo Di Lucia, LED, 2011), asserisce: "*L'opera di formalizzazione e di assiomatizzazione della teoria del diritto di Ferrajoli non ha precedenti. Scrive Gaetano Carcaterra: <<Forse si può ricordare il progetto leibniziano di una nova methodus. Si può anche pensare al piccolo frammento di assiomatizzazione che Rudolf Carnap ha offerto nella sua Introduzione alla logica simbolica, dei concetti giuridici di parentela, sulla base dei termini primitivi, definizioni ed assiomi. Ma si tratta di richiami a tentativi abbozzati che mostrano la distanza che c'è tra essi e l'opera di Luigi Ferrajoli>>*".

L'idea e il piano di una teoria assiomatizzata del diritto erano apparsi per la prima volta, 45 anni fa, nel Saggio di una teoria formalizzata del diritto di Luigi Ferrajoli, pubblicato sulla <<Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto>> del 1965, diretta allora da Giorgio Del Vecchio.

La teoria del diritto –in quanto teoria scientifica- deve consistere in un insieme di concetti combinati in sistemi di proposizioni, delle quali alcune sono assunte convenzionalmente, mentre tutte le altre sono sviluppate dalle prime in forma deduttiva.

In quello stesso 1965, era apparsa postuma la seconda edizione dell'opera del linguista e filosofo austriaco Karl Buhler, Sprachtheorie, con l'idea e il piano di una teoria assiomatica del linguaggio.

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

Qual è il rapporto tra assiomatica del normativo e assiomatica del linguaggio?

Come ha osservato Enzo Melandri, il carattere degli assiomi della teoria del linguaggio di Bühler è <<più affine a quello delle 'degnità' di Vico e dei vari termini che Kant usa per denotare i principi>> che non a quello del procedere matematico di Hilbert, al quale si ispirano sia Bühler, sia Ferrajoli. E in nota 17: "Ambedue i progetti, quello di Ferrajoli e quello di Bühler, nascono dall'esigenza di rifondare, rispettivamente, la teoria del diritto e la teoria del linguaggio. Ambedue gli autori si ispirano alle tesi del matematico David Hilbert (1862-1943), *Axiomatischers Denken*, 1918, il quale scrive: <<Alla base della costruzione di un sistema di concetti si trovano poche scelte proposizioni relative al campo scientifico, sufficienti per costruire, secondo principi logici, l'intero sistema>>. Secondo Hilbert non soltanto nella matematica, ma in tutte le scienze è possibile e necessaria una <<rifondazione dei fondamenti>>".

¹³ Merita citare, sul punto, quanto L. Ferrajoli dice nella nota 1, pagg. 67-68 del suoi "Principia iuris":

Ho progettato questa teoria (assiomatizzata) in *Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa*, in <<Rivista internazionale di filosofia del diritto>>, 1963, III, pp. 320-362 e in *Saggio di una teoria formalizzata del diritto*, ivi, 1965, I, pp. 55-105. Ne ho offerto un primo, rudimentale, svolgimento in *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1970. Ne ho illustrato il metodo in *Risposta all'articolo <<Axiomatization of Legale Theory>> di Jerzy Wroblewski*, in <<Rivista internazionale di filosofia del diritto>>, 1973, I, pp. 148-151; *La semantica della teoria del diritto*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, a cura di U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milano 1983, pp. 81-130; *La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, in <<Materiali per una storia della cultura giuridica>>, 1985, 2, pp. 401-422; *La pragmatica della teoria del diritto*, in *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino 2004, pp. 351-375. I saggi *La semantica cit.* e *La pragmatica cit.* sono stati ampiamente utilizzati nelle prime due parti dell'Introduzione, in vista della quale, del resto, furono scritti. Ho inoltre anticipato talune tesi iniziali di questo lavoro in *Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatizzata del diritto*, in L. Lombardi Vallauri (a cura di), *Logos dell'essere, logos della norma*, Adriatica Editrice, Bari 1999, pp. 907-950, trad. sp. Di A. Rodenas e J. Ruiz Manero, in <<Doxa>>, 20, 1997, pp. 235-278. Gli ultimi quattro saggi sopra citati sono stati raccolti nella prima parte del volume *Epistemologia y Garantismo*, Fontamara, Mexico 2004. Ulteriori chiarimenti di carattere metateorico sono infine contenuti nei primi quattro capitoli di *Garantismo. Una discussione sul diritto e sulla democrazia*, Trotta, Madrid 2006, scritto in risposta alle critiche rivoltemi nei saggi raccolti da M. Carbonell, P. Salazar (a cura di), *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid 2005.

Sulla teoria del diritto, in specifico (e in *La semantica della teoria del diritto*, cit., 112 e segg.). tale Autore asserisce:

La teoria del diritto può essere concepita come un sistema di concetti e di asserti organizzato – o organizzabile- secondo una struttura logica rigorosa ed esattamente prestabilita, e poggiante

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

sulla base osservativa apprestata dalla dogmatica e/o dalla sociologia giuridica. Il metodo di costruzione dei suoi concetti e dei suoi asserti è –o può, o dovrebbe essere– il “metodo assiomatico”, che consiste nei tre seguenti tipi di operazioni: a) nella stipulazione, secondo regole di formazione prestabilite, di un numero ristretto di concetti non definiti sulla base di altri concetti e detti perciò “concetti primitivi”, nonché di proposizioni non derivate da altre proposizioni della teoria e dette “postulati” o “assiomi”; b) nella definizione, secondo le medesime regole, dei restanti concetti della teoria per mezzo dei concetti primitivi e/o di altri concetti a loro volta definiti per mezzo dei concetti primitivi; c) nella derivazione, secondo regole di trasformazione prestabilite, delle restanti proposizioni della teoria dai postulati e/o dalle definizioni e/o da altre proposizioni precedentemente derivate dai postulati e/o dalle definizioni. Il linguaggio di una siffatta teoria è evidentemente un linguaggio “artificiale” o “convenzionale” o “fomalizzato”, cioè interamente costruito dal teorico in base alle regole di formazione da lui stesso stabilite. E il discorso teorico in tal modo prodotto consente soltanto, come controllo di verità, quello della verifica logica della coerenza con i postulati e le definizioni delle proposizioni da esse derivate sulla base delle regole di trasformazione anch'esse prestabilite.

Una teoria del diritto così costruita non è “nomativa” più di quanto lo sia qualunque altra teoria. Essa è un sistema di per sé indipendente da specifici riferimenti semantici, dato che nessuna delle tre operazioni suddette realizza alcun collegamento diretto tra i dati empirici e i concetti e gli asserti teorici. E' chiaro, però, che perché un tale sistema possa valere come teoria del diritto, e perché i suoi asserti risultino oltre che logicamente coerenti anche confermabili o confutabili sulla base dell'osservazione empirica compiuta a livello dogmatico e/o sociologico, deve esistere un qualche nesso tra i due livelli di discorso e di linguaggio, nel senso che i concetti e gli asserti elaborati al livello teorico devono poter valere come modelli esplicativi dell'esperienza giuridica qual è rilevata al livello osservativo della dogmatica e/o della sociologia del diritto.

Su D. Hilbert, v.si, in particolare M. Kline, Storia del pensiero matematico, vol. II (Dal settecento a oggi), Einaudi, 1972; A. Piccato, Dizionario dei termini matematici, BUR 1987, v. ASSIOMA, ASSIOMATICO; E. T. Bell, I grandi matematici, Sansoni Ed., 1950, 581-583, R. Hersh, Cos'è davvero la matematica, Baldini e Castoldi, 2001, 253 e segg.; U. Bottazzini, Il flauto di Hilbert. Storia della matematica, UTET, 2000, 391 e segg.; C. Cellucci, La filosofia della matematica del novecento, Laterza, 2007, 38 e segg.

Sull'assiomatizzazione in matematica, Kline (op. cit., 1198-1199), asserisce (nel par. su “Il movimento assiomatico):

La rigorizzazione della matematica fu ottenuta assiomatizzandone le varie branche. L'essenza di uno sviluppo assiomatico, in accordo con i modelli che abbiamo esaminato nei capitoli xli e xlii, consiste nel partire con dei termini indefiniti le cui proprietà sono specificate dagli assiomi; lo scopo del lavoro è di dedurre le conseguenze dagli assiomi. Inoltre, di ogni sistema si devono stabilire l'indipendenza, la completezza e la categorialità degli assiomi (concetti che abbiamo già esaminato nei due capitoli precedenti).

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

Nella prima parte del xx secolo il metodo assiomatico permise non solo di stabilire i fondamenti logici di branche vecchie e nuove della matematica, ma rivelò anche con precisione quali ipotesi sono alla base di ciascuna branca, e rese possibile il confronto e la chiarificazione dei rapporti fra le varie branche. Hilbert era entusiasta del valore di questo metodo. Nel discutere lo stato di perfezione che la matematica aveva presumibilmente ottenuto trovando una valida base assiomatica per ciascuna delle sue branche, Hilbert osservava:

Invero il metodo assiomatico è e rimane l'unico sussidio indispensabile e appropriato allo spirito di ogni ricerca esatta, non importa in quale dominio; esso è inattaccabile dal punto di vista logico ed è al tempo stesso fecondo; garantisce perciò una piena libertà di ricerca. In questo senso procedere assiomaticamente significa nient'altro che pensare sapendo ciò che si fa. Mentre prima, senza il metodo assiomatico, si procedeva ingenuamente in quanto certi rapporti venivano considerati dogmi, il metodo assiomatico rimuove questa ingenuità e tuttavia permette i vantaggi della fede.

Di nuovo, nell'ultima parte del suo Axiomatisches Denken, lodava il metodo:

Non appena giunge a termine la costruzione di una teoria, tutto ciò che è oggetto del pensiero matematico ricade nel metodo assiomatico e perciò direttamente nella matematica... Scendendo a livelli sempre più profondi di assiomi... possiamo penetrare sempre più profondamente nel pensiero scientifico e apprendere l'unità del sapere. Soprattutto in virtù del metodo assiomatico la matematica sembra chiamata a svolgere un ruolo trainante per tutto il sapere.

Molti matematici erano allettati dall'opportunità di esplorare nuovi problemi omettendo, negando o variando in qualche altra maniera gli assiomi dei sistemi già stabiliti. Questa attività e la costruzione di basi assiomatiche per le varie branche della matematica sono note come movimento assiomatico; tuttora è un'attività prediletta. In parte la sua grande attrattiva si spiega col fatto che, dopo aver costruito una valida base assiomatica per le branche più importanti, è relativamente facile introdurre ed esplorare variazioni del tipo appena descritto. Comunque, ogni nuovo sviluppo della matematica ha sempre attirato un gran numero di persone che cercano campi da esplorare o che sono sinceramente convinti che il futuro della matematica risieda in quella particolare area.

R. Hersh (op. cit., 254-255), sempre a proposito di Hilbert, osserva:

Hilbert affrontò la crisi dei fondamenti inventando la teoria della dimostrazione. Si propose di dimostrare che la matematica è consistente. E, per farlo, ebbe un'idea geniale: lavorare sulle forme, non sul contenuto. Intendeva farlo con argomenti puramente finitari, combinatori: argomenti che nemmeno Brouwer avrebbe potuto rifiutare! Il suo era un programma in tre tappe:

1. Introdurre un linguaggio formale e regole di inferenza formali, di modo che ogni dimostrazione classica possa venir sostituita da una deduzione formale a partire da assiomi formali, attraverso passaggi controllabili meccanicamente. Questo punto era già stato in larga parte compiuto da Frege, Russell e Whitehead. Ciò fatto, gli assiomi della matematica avrebbero potuto venir trattati come stringhe prive di significato. I teoremi sarebbero stati altre

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

stringhe, altrettanto prive di significato. La trasformazione dagli assiomi ai teoremi - la dimostrazione - avrebbe potuto venir trattata come ridisposizione dei simboli.

2. *Sviluppare una teoria combinatoria di queste «dimostrazioni-ridisposizioni». Le regole di inferenza saranno ora considerate come regole per ridisporre le fomule. Questa teoria fu chiamata «metamatematica».*

3. *Le pemutazioni di simboli sono oggetti matematici finiti, studiati dalla «combinatoria» o «analisi combinatoria». Per dimostrare che la matematica è consistente, Hilbert doveva usare argomenti combinatori finiti per dimostrare che le pemutazioni permesse in una dimostrazione matematica eseguite a partire dagli assiomi non potranno mai produrre una falsità del tipo $1 = 0$. Si trattava insomma di dimostrare, con argomenti puramente finitari, che non si potrà mai derivare una contraddizione del tipo $1=0$ all'interno del sistema.*

In questo modo alla matematica sarebbero state fomite garanzie di consistenza. Come fondamento, questo sarebbe stato più debole di uno noto come vero (come un tempo si credeva fosse la geometria) o impossibile da mettere in dubbio (come si era sperato che fossero le leggi della logica elementare).

Il fomalismo hilbertiano, al pari del logicismo, offriva certezza e affidabilità, ma aveva un costo. I logicisti volevano salvare la matematica trasformandola in una tautologia. I fomalisti l'avrebbero salvata trasformandola in un gioco privo di significato. Dopo che la matematica fosse stata codificata in un linguaggio fomale e le sue dimostrazioni scritte in modo da poter essere controllate da una macchina, il significato dei simboli sarebbe divenuto un problema extra-matematico.

È molto istruttivo che Hilbert nei suoi scritti e nelle sue conversazioni mostrasse il convincimento totale che i problemi della matematica trattassero di oggetti reali e avessero risposte che si possono dire «vere» nel senso che usualmente si attribuisce al termine quando si dice che una certa asserzione circa il reale è «vera». Si era fatto paladino di un'interpretazione formalista della matematica solo al prezzo di ottenere la certezza.

Lo scopo della mia teoria - ebbe a scrivere - è di stabilire una volta per tutte la certezza dei metodi matematici... Il presente stato delle cose, da quando siamo incappati nei paradossi, è intollerabile. Come pensare che le definizioni e i metodi deduttivi che si imparano, si insegnano e si usano in matematica, paragone di verità e certezza, come pensare che conducano ad assurdità? Se il pensiero matematico è fallace, dove troveremo la verità e la certezza?

Ma si scoprì che la certezza non la si poteva ottenere, nemmeno pagando questo alto prezzo. Pochi anni dopo Kurt Gödel dimostrò che non si può dimostrare la coerenza di un sistema fomale usando i metodi dimostrativi finitari proposti da Hilbert. I teoremi di incompletezza di Gödel mostrarono che non c'era speranza alcuna di portare avanti il programma hilbertiano. Non si potrà mai dimostrare, usando metodi finitari, la coerenza di nessun sistema fomale abbastanza potente da contenere l'aritmetica. Questo teorema di Gödel viene usualmente citato come il colpo di grazia al programma di Hilbert e al fomalismo in quanto filosofia della matematica. La ricerca di fondamenti sicuri non si riprese mai da questa catastrofe.

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

(V.nsi, in ordine alle conseguenze dei teoremi di Gödel: M.Kline, *Matematica, la perdita della certezza*, Mondadori, 1985, in particolare il cap. XII “Disastrosi sviluppi”, pagg. 283 e segg. Su Gödel [a parte le opere pubblicate in tre volumi da Bollati Boringhieri nel 1992, 2002 e 2006], v.nsi: E.Nagel e J.R.Newman, *La prova di Gödel*, Bollati Boringhieri, 1992; R.Goldstein, *Incompletezza. La dimostrazione e il paradosso di Kurt Gödel*, Codice, 2006.

Per una critica alle tesi di Ferrajoli v.nsi: A. Catania, P. Casta, G. Palmisano (a cura di L. Boccelli), *More geometrico. La teoria assiomaticizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, EthosNomos, 2012; T. Mazzaresse, *Principia iuris: ottimismo metodologico e riaffermazione della cultura dei diritti*, Franco Angeli, 2008; A. Liguori, *La teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli. Considerazioni epistemologiche e politiche*, Iura Gentium, 2009, V, 1 e segg.; *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, a cura di P. Di Lucia, LED, 2011).

¹⁴ Per quanto concerne la <<costanza>> e la <<conservazione>> nella natura merita trascrivere quanto scrive K.W.Ford (*Il mondo dei quanti. La fisica quantistica per tutti*. Bollati Boringhieri, 2006, 154-155): “*Tutte mutan le cose*”, diceva Euripide nel V secolo a. C., e noi tenderemmo a dargli ragione: nulla di quanto incontriamo nel mondo che ci circonda è fisso e immutabile. Ancor prima di Euripide, Eraclito scriveva: <<Nulla è permanente eccetto il cambiamento>>. I fisici non mettono in dubbio quanto è sotto i nostri occhi, ossia che tutto attorno a noi muti in continuazione; tuttavia, essi hanno individuato alcune cose che in natura rimangono costanti: si tratta delle quantità <<conservate>>. Una legge che sancisce il rimanere costante di una certa quantità, in processi fisici nei quali altre quantità invece cambiano, è detta legge di conservazione” (v.si, altresì: J.D.Barrow, *I numeri dell’Universo. Le costanti di natura e la teoria del tutto*, Mondadori, 2003).

¹⁵ V.si di U.Pagallo, *La teoria giuridica della complessità*, Giappichelli, 2006. V.nsi, altresì: E. Resta, *Diritto e sistema politico*, Loescher, 1982 (in particolare, v.si il cap. I su “Il diritto dalle società semplici alle società complesse”); J. Habermas, *Fatti e norme*, Guerini, 1986 (traduzione di L. Ceppa); M.G. Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, Giuffrè, 2002, Vo. III. V.si, altresì, sul problema della “incertezza giuridica”: G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, 2005 (il volume contiene una vasta bibliografia sulla tematica della “certezza del diritto”).

Sulla *complessità* in particolare (da distinguere da ciò che è semplicemente *complicato*), v.nsi: R.Penrose, *La mente nuova dell’imperatore. La mente, i computer e le leggi della fisica*. BUR, 1992, pagg. 190-197, M.Gell-Mann, *Il quark e il giaguaro. Avventure nel semplice e nel complesso*, Bollati Boringhieri, 1996; L.Von Bertalanffy, *Teoria generale dei sistemi*, Oscar Mondadori, 2004; G.J.Chaitin, *Teoria algoritmica della complessità*, Giappichelli, 2006; AA.VV., *La sfida della complessità* (a cura di G.Bocchi e M.Ceruti), Mondadori, 2007; AA.VV. (a cura di A.Spaziant), *Conoscere la complessità*, B.Mondadori, 2009; A.Gandolfi, *Formicai, imperi, cervelli. Introduzione alla scienza della complessità*, Bollati Boringhieri, 2009; C.S.Bertuglia e F.Vaio, *Complessità e modelli*, Bollati Boringhieri, 2011..

DIZIONARIO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

¹⁶ K.Marx, sul diritto, ebbe a dire: *L'uguale diritto è qui perciò sempre, secondo il principio, diritto borghese, benché principio e pratica non si accapiglino più, mentre l'equivalenza delle cose scambiate nello scambio di merci esiste solo nella media, non per il caso singolo.*

Nonostante questo progresso, questo ugual diritto è ancor sempre contenuto entro un limite borghese. *Il diritto dei produttori è proporzionale alle loro prestazioni di lavoro, l'uguaglianza consiste nel fatto che esso viene misurato con una misura uguale, il lavoro.*

Ma l'uno è fisicamente o moralmente superiore all'altro, e fornisce quindi nello stesso tempo più lavoro, oppure può lavorare durante un tempo più lungo; e il lavoro, per servire come misura, dev'essere determinato secondo la durata o l'intensità, altrimenti cessa di essere misura. *Questo diritto uguale è un diritto disuguale, per lavoro disuguale.* Esso non riconosce nessuna distinzione di classe, perché ognuno è soltanto operaio come tutti gli altri, ma riconosce tacitamente l'ineguale attitudine individuale e quindi la capacità di rendimento come privilegi naturali. Esso è perciò, pel suo contenuto, un diritto della disuguaglianza, come ogni diritto. Il diritto può consistere soltanto, per sua natura, nell'applicazione di un'uguale misura; ma gli individui disuguali (e non sarebbero individui diversi se non fossero disuguali) sono misurabili con uguale punto di vista, in quanto vengono considerati soltanto secondo un lato determinato: per esempio in questo caso, soltanto come operai, e si vede in loro soltanto questo, prescindendo da ogni altra cosa. Inoltre: un operaio è ammogliato, l'altro no; uno ha più figli dell'altro, ecc. ecc.. Supposti uguali il rendimento e quindi la partecipazione al fondo di consumo sociale, l'uno riceve dunque più dell'altro, l'uno è più ricco dell'altro e così via. Per evitare tutti questi inconvenienti, il diritto, invece di essere uguale, dovrebbe essere disuguale.

Ma questi inconvenienti sono inevitabili nella prima fase della società comunista, quale è uscita dopo i lunghi travagli del parto della società capitalistica. Il diritto non può essere mai più elevato della configurazione economica e dello sviluppo culturale da essa condizionato della società" (da Critica al programma di Gotha del 1875; v.si, altresì, e sempre di K.Marx, Critica della filosofia del diritto, di Hegel-Introduzione, in *K.Marx-F.Engels*, La concezione materialistica della storia, a cura di F.Codino, E.Riuniti, 1959, 59 e segg.).

¹⁷ Per tale allontanamento da H.Kelsen, v.si di N.Bobbio, Dalla struttura alla funzione, Comunità, 1977.

¹⁸ V.si, in particolare, N.Bobbio, Teoria generale del diritto, Giappichelli, 1993.

IL CONSUMATORE PROTETTO: I VENTUN'ANNI DEL *CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR* BRASILIANO E IL DIRITTO ITALIANO DEI CONSUMATORI

Il saggio espone e discute i meccanismi giuridici finalizzati a rendere effettivi i diritti dei consumatori brasiliani, contenuti ne Código de Defesa do Consumidor (l. 8.078/1990) - che nel 2011 ha compiuto ventun'anni.

di **MARTA BRITTO DE AZEVEDO**

1. Introduzione

Negli ultimi decenni il diritto dei consumatori trova sempre più spazio negli ordinamenti giuridici dei paesi occidentali, come risultato dell'esigenza di equilibrare le relazioni di consumo di fronte al fenomeno della globalizzazione.¹ L'allargamento dei mercati e la produzione in serie hanno portato vantaggi (come la possibilità di accesso ai beni e ai servizi con comodità e prontezza), ma come contropartita hanno dato origine ad abusi da parte dei professionisti. La moltiplicazione delle offerte e lo sviluppo delle tecnologie hanno contribuito all'aumento della vulnerabilità economica, giuridica e tecnica dei consumatori nei confronti dei professionisti.²

Quest'ultimi, di regola, possiedono più potere economico, oltre alle informazioni e alle conoscenze dettagliate sui prodotti ed i servizi. Ed è per questo che il legislatore ha previsto un trattamento diverso, più favorevole al consumatore, basato sulla

1 Sull'universalità del diritto, v. FRANCESCO GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, il quale osserva che “la globalizzazione dei mercati reclama una regolazione uniforme dei traffici internazionali”, tuttavia, prosegue l'autore, “globalizzare il diritto non significa necessariamente dare vita ad un unico diritto planetario, questo varrà per i rapporti transnazionali.”. Per le frasi richiamate v. alle pp. 52 e 88, rispettivamente.

2 Nella letteratura brasiliana sul punto v. CLAUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 330 ss.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

presunzione della sua vulnerabilità. Il rapporto fra vulnerabilità e possesso di informazione e conoscenza non è accidentale: basti pensare a come l'assenza di informazioni precise si impedisca al consumatore di operare scelte consapevoli, a danno talvolta di diritti costituzionalmente protetti, come la sicurezza e la salute³. Pertanto, non si tratta di un vero e proprio 'trattamento favorevole', bensì di un meccanismo destinato ad equilibrare il rapporto fra consumatore e professionista.

Tuttavia, prendere in esame la produzione legislativa non è sufficiente. Oggi dobbiamo occuparci non solo della previsione dei diritti dei consumatori, ma ancora di più della loro concretizzazione. Il presente articolo si dedicherà pertanto all'esposizione e discussione dei meccanismi giuridici finalizzati a rendere effettivi i diritti dei consumatori, alla luce della legislazione brasiliana, e in particolare del *Código de Defesa do Consumidor* (l. 8.078/1990) - che nel 2011 ha compiuto ventun'anni - e della giurisprudenza rispettiva, che verrà esaminata in parallelo col diritto dei consumatori italiano.

2. La legislazione

Come accennato, il *Código de Defesa do Consumidor* ha compiuto più di due decenni d'esistenza. La disciplina delle relazioni di consumo, inizialmente basata sul codice civile brasiliano del 1916 e sul codice commerciale, è stata sostanzialmente modificata nel 1990 con la promulgazione del *Código de Defesa do Consumidor*. In quel momento, il mercato nazionale si apriva e l'economia brasiliana si rafforzava con l'ingresso di marchi internazionali. L'industria nazionale affrontava, dunque, una grande sfida, non soltanto dal punto di vista competitivo, ma anche legislativo.

Creato in forza dell'art. 48 dell'ADCT⁴ della costituzione brasiliana (*Constituição da República Federativa do Brasil* del 1988), che imponeva l'elaborazione di un codice di tutela dei consumatori entro centoventi giorni dalla sua promulgazione, oggi il *Código de Defesa do Consumidor* è considerato la principale fonte regolatrice delle relazioni di consumo. A condizione che non entrino in conflitto con le proprie disposizioni, il *Código de Defesa do Consumidor* autorizza, all'art. 7, il ricorso ad altre fonti, come i trattati internazionali e l'attuale codice civile brasiliano (l. 10.406/2002, *Código Civil*), entrato in vigore nel 2003.

3 Sul punto v. MARTA BRITTO DE AZEVEDO, O consumidor consciente: liberdade de escolha e segurança, *Revista de Direito do Consumidor*, ano 17, n. 67, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul. - set. 2008, p. 197 ss; Anche in *Coleção Doutrinas Essenciais - Responsabilidade Civil*, v. 8, Direito à informação, a cura di Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 215 ss.

4 *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

Nel caso del *Código Civil*, è curioso notare che il suo progetto legislativo è stato elaborato prima del *Código de Defesa do Consumidor* e includeva disposizioni per l'epoca innovative sulla relazione di consumo. Il progetto del *Código Civil* è però rimasto fermo in Parlamento (*Congresso Nacional*)⁵ per 27 anni, ed è diventato legge quando le disposizioni del *Código de Defesa do Consumidor* erano ormai in vigore.

Un'altra illustrazione interessante, questa volta riguardante i trattati internazionali, è che la giurisprudenza brasiliana, in materia di responsabilità civile nel trasporto aereo, di solito applica il *Código de Defesa do Consumidor* al posto della Convenzione di Varsavia del 1929⁶ poiché quest'ultima prevede una limitazione del *quantum* indennizzabile mentre il *Código de Defesa do Consumidor* non lo fa (prevalendo così la disposizione più favorevole al consumatore).⁷ La situazione sopra descritta mette in luce lo scopo ultimo del legislatore brasiliano in materia di diritto dei consumatori: tutelare i diritti della parte più debole.⁸

Come si evince dalla lettura dell'art. 1°, il *Código de Defesa do Consumidor* stabilisce norme d'ordine pubblico e di interesse sociale, in osservanza degli artt. 5°, *inciso XXXII*, e 170, *inciso V*, della *Constituição da República*. Questi articoli costituzionali considerano la difesa del consumatore come un compito dello Stato, oltre che come un principio dell'ordine economico⁹.

Ancora nell'ambito costituzionale, altri articoli fanno riferimento diretto alla figura del consumatore, ad esempio l'art. 24, *inciso VIII*, che regola la competenza

5 Il *Congresso Nacional* è composto dalla Camera dei Deputati e dal Senato Federale.

6 Con le alterazioni portate dalla Convenzione di Montreal del 2003.

7 *Superior Tribunal de Justiça. AgRg. Recurso Especial* n. 262687-SP, 4ª turma, 22.02.2010.

8 A proposito, la dottrina brasiliana suggerisce il cosiddetto “dialogo delle fonti”, cioè la considerazione di due o più norme, emanate da fonti diverse, allo stesso caso, perché si raggiunga la disciplina giusta nella relazione fra professionista e consumatore. Per un ampio sguardo, v., soprattutto, CLAUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 667 ss. Così anche BRUNO MIRAGEM, *Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 53 ss.

9 “Art. 5. Tutti sono uguali davanti alla legge, senza distinzione alcuna, garantendo ai brasiliani e agli stranieri residenti nel paese l'invulnerabilità del diritto alla vita, alla libertà, all'uguaglianza, alla sicurezza e alla proprietà, nei seguenti termini: (...) XXXII. lo Stato promuoverà, nella forma della legge, la difesa del consumatore.”; e “Art 170. L'ordine economico, fondato sulla valorizzazione del lavoro umano e sulla libera iniziativa, ha il fine di assicurare a tutti un'esistenza degna, conforme ai dettami della giustizia sociale, osservati i seguenti principi: (...) V. difesa del consumatore”, *Constituição da República*. Traduzione dal portoghese dell'autrice.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

legislativa nel campo della responsabilità per danni contro il consumatore (fra gli altri) e l'art. 150, § 5°, che tratta dell'obbligo di informare il consumatore sugli oneri fiscali applicabili alla circolazione di merci o servizi.

A parte gli articoli costituzionali che si occupano espressamente dei diritti dei consumatori, tali diritti permeano diverse altre disposizioni costituzionali, come l'art. 175, *parágrafo único, inciso II*, che tratta dei diritti degli utenti (*i.e.* consumatori¹⁰) dei servizi prestati dal potere pubblico, sia direttamente sia indirettamente¹¹.

Per quanto riguarda la Costituzione italiana (1947), impegnativo appare il compito di individuare le norme in difesa dei consumatori. Ciò perché, a dispetto delle regole sul mercato e sulle attività commerciali da essa previste, la Costituzione italiana non contiene disposizioni espressamente rivolte ai consumatori. La loro tutela, quindi, risulta dall'interpretazione estensiva di alcune norme come l'art. 41, il quale prevede che l'iniziativa economica privata è libera, ma che non può svolgersi in maniera contraria all'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e/o alla dignità umana. Inoltre, il medesimo articolo prevede l'intervento del legislatore perché l'attività economica (pubblica e privata) possa essere “indirizzata e coordinata a fini sociali”.¹²

D'altra parte, e nonostante l'edizione del c.cons. (d.lgs. 206/2005) risalga al 2005, i diritti dei consumatori erano già in precedenza oggetto di norme sparse¹³ interne

10 Cfr. JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, Ada Pelegrini Grinover *et. al.*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 22.

11 “Art. 175. Spetta al potere pubblico, nella forma della legge, direttamente o in regime di *concessão o permissão* (...), il compito di fornire i servizi pubblici. *Parágrafo único*. La legge disporrà in merito a: (...) II. i diritti degli utenti.”, della *Constituição da República*. Traduzione dal portoghese dell'autrice.

12 “A partire dagli anni '70, la dottrina, in conformità al modello individualistico o 'personocentrico' accolto dalla Costituzione, avvertiva l'esigenza di enucleare un *humus* costituzionale all'interesse del consumatore quale persona umana, interpretando estensivamente gli artt. 2, 3, 32, 41 secondo e terzo comma, 43, 47 Cost.”. M. SANNIA, Art. 1469 *bis*, comma 2, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, a cura di E. Cesàro, Padova, 1998, p.76 ss., per la frase richiamata p. 81.

13 “Il Codice del consumo nasce dalla necessità, segnalata da tempo e non solamente in Italia, di raccogliere e sistemare le diverse disposizioni regolatrici dei rapporti tra consumatori e operatori professionali, per dare coerenza alla normativa in materia di consumo”. L'osservazione è di LUCIA DELOGU, Leggendo il Codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore, in Sei voci sul “codice del consumo” italiano, *Contratto e impresa/Europa*, Padova, 2006, p. 87. Così anche testo precedente tratto dalla stessa LUCIA DELOGU, Anche in Italia un Codice del consumo?, *Contratto e impresa/Europa*, Padova, 2003, p. 1349 ss.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

e comunitarie¹⁴: dalle convenzioni¹⁵ alle direttive di diversa portata¹⁶, dagli (abrogati) artt. 1469 *bis* a 1469 *sexies* del codice civile italiano¹⁷ agli altri codici di settore¹⁸, fino ad una delle leggi più recenti e significative, l. 281/30.7.1998, sui diritti dei consumatori, degli utenti e delle loro associazioni¹⁹.

Una volta chiarita l'origine del *Código de Defesa do Consumidor* e il suo rapporto con le prescrizioni costituzionali brasiliane, nelle pagine che seguono si esaminerà come il *Código de Defesa do Consumidor* disciplina la relazione del consumo e le sue definizioni più rilevanti.

14 È interessante osservare che la legislazione del consumo “ha seguito e rispecchiato l'evoluzione generale dell'ordinamento comunitario”. Per i riferimenti essenziali sul progressivo sviluppo della politica consumeristica comunitaria in questo senso, v. i commenti di A.M. MANCALEONI, in *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, diretto da Giovanni de Cristofaro e Alessio Zaccaria, Padova, 2010, p. 8 ss., per la frase richiamata v. alla nota 8, p. 10.

15 Ad es. la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, che tuttavia ha ricevuto delle critiche. In questo senso si veda, specialmente, CARLO FERDINANDO EMANUELE, Sui contratti conclusi dai consumatori nella convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, *Giustizia Civile*, Milano, 1996, II, p. 19 ss.

16 Le direttive relative ai diritti dei consumatori riguardano tre principali settori: sicurezza e tutela della salute; informazione ed educazione; e tutela degli interessi economici e giuridici. Così, ad es., la dir. 85/374/CEE (modificata dalla dir. 99/34/CE) sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi; la dir. 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali; la dir. 1993/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori; la dir. 97/7/CE sui contratti a distanza; la dir. 98/27/CE sulle azioni inibitorie (poi sostituita dalla dir. 2009/22/CE); la dir. 1999/44/CE sulle garanzie nella vendita di beni di consumo; la dir. 1998/6/CE sull'indicazione dei prezzi nei prodotti al consumatore; la dir. 2000/31/CE sul commercio elettronico, e ecc.

17 I riferiti dispositivi si ritrovavano nel Capo XIV-*bis* del Titolo II, del libro quarto del c.c. in attuazione della dir. 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori. Con la loro abrogazione dall'art. 142 c.cons. (che li ha sostituiti per un solo articolo, l'attuale 1469 *bis* c.c.), oggi la materia è trattata dagli artt. 33 a 37 c.cons.

18 Per es. il codice della *privacy*, d.lgs. 30.6.2003, n. 196; e codice delle comunicazioni elettroniche, d.lgs. 1.10.2003.

19 Cfr. GUIDO ALPA, *Introduzione al Diritto dei Consumatori*, Roma: Laterza, 2008, p. 20.

3. ELEMENTI DEL RAPPORTO DI CONSUMO E CONTROVERSIE

Nella ricerca di un equilibrio fra la libera iniziativa, lo sviluppo dell'attività commerciale e il rispetto dei diritti dei consumatori e della dignità umana, il *Código de Defesa do Consumidor* si divide in sei titoli nei quali sono riunite le disposizioni che disciplinano le relazioni di consumo. Tali disposizioni vertono non solo sul diritto dei consumatori, ma su materie giuridiche di carattere amministrativo, civile, penale e processuale. Ed è appunto questa ampiezza della legge brasiliana dei consumatori nel regolare tanti aspetti del rapporto di consumo e degli altri rami del diritto che caratterizza il diritto dei consumatori come un micro-sistema giuridico. Un sistema, cioè, dotato di principi e norme proprie e di una certa autonomia rispetto alle discipline giuridiche tradizionali²⁰.

Così, una prima grande parte del *Código de Defesa do Consumidor*, Titolo I, *Dos Direitos do Consumidor*, che a sua volta si articola in sette capi e alcuni sezioni, comprende: le disposizioni generali, tra le quali gli elementi del rapporto di consumo e l'ambito di applicazione della legge (Capo I, artt. 1-3); alcuni principi, e.g., art. 4°, *inciso* I, riconoscimento della vulnerabilità del consumatore (Capo II, artt. 4-5); i diritti essenziali dei consumatori, *Dos Direitos Básicos do Consumidor*, e.g., art. 6°, *inciso* II, educazione al consumo corretto dei prodotti e servizi e garanzia della libertà di scelta e della parità nelle contrattazioni (Capo III, artt. 6-7); le norme sulla qualità dei prodotti e servizi e sulla prevenzione e risarcimento dei danni (Capo IV, artt. 8-28); le disposizioni sulle pratiche commerciali, e.g., l'offerta, la pubblicità ingannevole/abusiva e le pratiche sleali [*práticas abusivas*] (Capo V, artt. 29-45); le disposizioni sulla protezione contrattuale, ad es., il contratto per adesione e le clausole vessatorie [*cláusulas abusivas*] (Capo VI, artt. 46-54); e, infine, le sanzioni amministrative (Capo VII, artt. 55-60).

20 Sui sistemi di norme particolari e sulla relazione fra il diritto speciale e il diritto comune, v., nella dottrina italiana, FRANCESCO FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1921; NATALINO IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999. Si veda anche PASQUALE COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, vol. I, Modena, 1915, ove si legge che: "Avviene di continuo, che nuovo regolamento giuridico esiga, non un'ipotesi di fatto che *primo ictu* si rivela costituito da una sezione del contenuto di un'unica ipotesi più ampia, della quale appare specificazione (es., compra-vendita e contratto bilaterale; contratto e negozio giuridico); ma un'ipotesi, che risulta di un insieme di momenti costitutivi di più ipotesi di fatto già regolate, e sottoposte così a statuizioni contenute in norme sparse in materie diverse; o un oggetto, che pur trovandosi regolato da statuizioni appartenenti a più norme, esige un regolamento unitario, diverso da quello che risulta dalle varie statuizioni per esso vigenti. Ed in tal caso, il legislatore, dei vari momenti costitutivi dell'ipotesi di fatto o dell'oggetto reclamante un proprio regolamento compone un'ipotesi a sé, e la disciplina con regole particolari." (per la frase richiamata v. alla p. 42).

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

Nella seconda parte del corpo del codice si trovano i titoli che trattano delle infrazioni penali (Titolo II, artt. 61-80); della difesa del consumatore in giudizio, ad es., azioni collettive e di responsabilità dei professionisti (Titolo III, artt. 81-102); del sistema nazionale della difesa del consumatore (Titolo IV, artt. 103-104); della convenzione collettiva di consumo (Titolo V, artt. 105-108); e delle disposizioni finali (Titolo VI, artt. 109-119).

Quindi, in modo simile al c.cons., il *Código de Defesa do Consumidor* presenta nella sua prima parte le nozioni fondamentali inerenti alla relazione di consumo. Mentre il c.cons. introduce esplicitamente all'art. 3° le definizioni di “consumatore e utente”, “associazioni dei consumatori e degli utenti”, “professionista”, “produttore”, “prodotto” e “codice”, il *Código de Defesa do Consumidor* definisce, agli artt. 2° e 3°, il “consumatore”, il “fornitore”, il “prodotto” e il “servizio”.

Si rileva che, avendo il legislatore brasiliano scelto di non includere una definizione esplicita di “relazione di consumo”, idonea a delimitare l'area di applicazione del *Código de Defesa do Consumidor*, quest'ultima si deduce dai soggetti e dagli oggetti che entrano in gioco nel rapporto di consumo. Per quanto riguarda le nozioni comprese nel *Código de Defesa do Consumidor*, sono presi in considerazione quattro tipi di consumatore: (i) il consumatore *standard*, che acquista o utilizza (utente) un prodotto o un servizio; (ii) la collettività; (iii) le vittime di un evento dannoso; e (iv) tutti coloro che sono esposti alle pratiche commerciali e contrattuali, il che suscita – come si vedrà – molte polemiche.

Il dibattito riguardante il significato di queste nozioni, con alcune differenze, si è svolto in modo simile in entrambi gli ordinamenti giuridici. In Brasile, per esempio, da quando il *Código de Defesa do Consumidor* è entrato in vigore, si discute se il consumatore *standard*, definito dall'art. 2°, *caput*, come “ogni persona fisica o giuridica che acquista o utilizza un prodotto o un servizio come destinatario finale”, sia quello che (secondo la teoria *maximalista*/oggettiva) semplicemente ritira il bene dal mercato, indipendentemente dal fatto che se ne serva per fini personali o indirettamente commerciali, come nel caso di un computer per la cassa di un ristorante, oppure se (in base alla teoria *finalista*/soggettiva) il consumatore (destinatario finale) sia esclusivamente colui che fa uso personale del bene o del servizio, senza impiegarli, sia pure indirettamente, in una attività economica.²¹

Si tratta, in altre parole, di stabilire se l'impiego indiretto di un bene o di un servizio in una attività economica giustifichi il ricorso alla nozione di consumatore finale dell'art. 2°, *caput*, del *Código de Defesa do Consumidor*. Nell'esempio citato,

21 Su tali definizioni e correnti di interpretazione, v. BRUNO MIRAGEM, *Direito do Consumidor*, cit., p. 82 ss. Anche NANCY ANDRIGHI, O conceito de consumidor direto e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *Revista de Direito Renovar*, n. 29, Rio de Janeiro, Renovar, maio – ago., 2004, p. 1 ss.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

secondo la prima teoria (*maximalista*), non avendo l'attività di un ristorante di per sé a che fare con il computer usato alla cassa, il proprietario del ristorante, nel momento di acquistare il computer, agirebbe come un consumatore. Viceversa, in base alla seconda teoria (*finalista*), anche se l'acquisto del computer non è connesso direttamente con l'attività svolta nel ristorante, il suo proprietario non può essere considerato un consumatore, ma un professionista.

Queste sono le due principali correnti che dividono dottrina e giurisprudenza in Brasile. Recentemente, il *Superior Tribunal de Justiça - STJ*, tramite il suo organo competente per l'armonizzazione della giurisprudenza in questioni civili e commerciali, ha adottato la teoria *finalista*, argomentando che “Perché il consumatore sia considerato destinatario economico finale, il prodotto o servizio acquistato o utilizzato non può avere nessuna connessione, diretta o indiretta, con l'attività economica da lui sviluppata”²². Nonostante tale decisione, una definizione di “destinatario finale” non esaurisce il problema dell'individuazione di chi deve essere considerato consumatore. In base a quanto disposto dal *Código de Defesa do Consumidor*, come già accennato, ci sono quattro possibilità di qualificare il consumatore, tre delle quali per equiparazione.

Oltre alla definizione di consumatore (*standard*) stabilita dall'art. 2°, *caput*, possono ricorrere alla legge del consumo brasiliana, nella qualità di soggetti equiparati al consumatore, la collettività coinvolta nella relazione di consumo (art. 2°, *parágrafo único*)²³, le vittime di un incidente di consumo (art. 17)²⁴ e le persone esposte alle pratiche commerciali e contrattuali (art. 29)²⁵.

In questo modo, alla luce del *Código de Defesa do Consumidor*, una persona che abbia subito un danno derivato da una relazione di consumo, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto contrattuale diretto, potrà valersi, individualmente o

22 *STJ, Conflito de Competência* n. 92519-SP, 04.03.2009.

23 “Art. 2° (...) Paragrafo unico. È equiparata a consumatore la collettività di persone, anche se indeterminabili, che abbia intervenuto nei rapporti di consumo”. Traduzione dal portoghese dell'autrice.

24 “Art. 17. Ai fini della presente Sezione, equiparasi ai consumatori tutte le vittime dell'evento”. Traduzione dal portoghese dell'autrice. L'art. 17 si ritrova nella Sezione II (*Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço*), del Capo IV, che tratta delle norme sulla qualità dei prodotti e servizi e sulla prevenzione e risarcimento dei danni, ed è di quest'ultimo che si occupa specificamente la sezione II.

25 “Art. 29. Ai fini del presente Capitolo e del seguente, si equiparano ai consumatori tutte le persone, determinabili o meno, esposti alle pratiche in esso previste”. Traduzione dal portoghese dell'autrice. L'art. 29 si ritrova nel Capo V, che tratta delle pratiche commerciali (*Das Práticas Comerciais*) ed è seguito dal Capo VI, che regola la protezione contrattuale (*Da Proteção Contratual*).

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

collettivamente, delle norme relative al diritto dei consumatori per ottenere la riparazione.

Va sottolineato che l'incremento del numero di soggetti protetti dalle norme sui consumatori (tramite la difesa della collettività) è una delle conseguenze concrete del *Código de Defesa do Consumidor*, che ha pure incluso nel suo ambito gli interessi e i diritti collettivi e diffusi. Così da frenare, per esempio, messaggi pubblicitari offensivi dei valori sociali (art. 37, § 2°)²⁶ che, quando trasmessi da *media* di grande visibilità (*outdoor*, televisione, ecc.), colpiscono un numero indeterminato di consumatori.

Con tante possibilità di protezione 'aperte' - (i) a quelli che acquistano e/o utilizzano un prodotto o servizio direttamente, (ii) a quelli che non praticano il consumo, ma che in qualche maniera ne sono coinvolti - non sorprende che risulti problematica anche la definizione di consumatore equiparato.

Per quanto riguarda il già citato art. 17 del *Código de Defesa do Consumidor*, si può ricordare il caso dei negozianti che vengono rinviati a giudizio a causa dell'iscrizione, sul registro degli inadempienti, di vittime di truffa, cioè di persone che non hanno effettivamente realizzato acquisti presso i loro negozi, ma i cui documenti sono stati rubati. Da un lato, ci sono molte decisioni che, superando una delle cause di esonero della responsabilità previste nell'art. 14, § 3°, *inciso II*, del *Código de Defesa do Consumidor* (i.e. mancanza di nesso di causalità per atto esclusivo di terzi), equiparano a consumatore la vittima della truffa, con la conseguente condanna del commerciante in base alle responsabilità connesse all'esercizio del negozio²⁷. D'altro, il *Superior Tribunal de Justiça* ha stabilito che anche la ditta è, in simili casi, vittima della truffa, così che, se è stata dimostrata l'impossibilità di evitare l'errore usando l'ordinaria diligenza, essa non deve essere considerata responsabile.²⁸

26 “Art. 37. È vietata la pubblicità ingannevole o abusiva. (...) § 2° È abusiva, tra le altre, la pubblicità discriminatoria di qualsiasi tipo, che incite alla violenza, espone la paura o la superstizione, si approfitta della difficoltà nel giudicare e dell'esperienza dei bambini, non tiene conto dei valori ambientali, o che sia in grado di indurre il consumatore a comportarsi in modo dannoso o pericoloso per la sua salute o la sua sicurezza“. Traduzione dall'autrice.

27 *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, 10ª Câmara Civil, *Apelação* n. 0009871-39.2002.8.19.0209, 14.09.2004; 5ª Câmara Civil, *Apelação* n. 0122275-70.2005.8.19.0001, 03.10.2006; 3ª Câmara Civil, *Apelação* n. 0003021-74.2006.8.19.0064, 15.04.2008; e 2ª Câmara Civil, *Apelação* n. 0008339-96.2007.8.19.0001, 17.10.2008.

28 *Recurso Especial* n. 831.336-RJ, 3ª Turma, 01.04.2008.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

Ancora nel campo delle definizioni, si discute se ai servizi prestati dagli avvocati²⁹ e dalle banche si applicano le regole del *Código de Defesa do Consumidor*³⁰. Rispetto alle banche, si è verificata una controversia nel 2001 con la proposizione di una Azione Diretta di Incostituzionalità (ADIN n. 2.591) da parte della *Confederação Nacional do Sistema Financeiro - Consif* davanti al *Supremo Tribunal Federal - STF*. La *Consif* pretendeva che fosse dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 3°, § 2°, del *Código de Defesa do Consumidor*³¹, che includeva i servizi e le operazioni di natura bancaria, finanziaria, di credito e di assicurazione tra le attività soggette alla legge del consumo.

Dopo varie sedute e la partecipazione di alcuni istituti come *amici curiae*, nel 2006 il processo si è concluso con il rifiuto della pretesa dell'attore, basato principalmente sull'argomento che il *Código de Defesa do Consumidor* si limita a disciplinare i rapporti tra banca e cliente-consumatore, senza interferire con altre relazioni di natura finanziaria, il cui oggetto non viene coperto dalle prescrizioni consumeristiche bensì tutelato da legislazione propria.

Ancora nel 2006, tramite il progetto di legge n. 143/2006, si è tentato di aggiungere un nuovo paragrafo all'art. 3° del *Código de Defesa do Consumidor* al fine di escludere i costi e le remunerazioni di certe operazioni realizzate dalle istituzioni finanziarie dall'ambito di applicazione del *Código de Defesa do Consumidor*. Questo progetto, però, è stato bocciato dal Parlamento.

Come è evidente, l'applicazione della legge dei consumatori esige che l'interprete confronti le definizioni enunciate dalla legge con le fattispecie concrete. È questo il compito che dottrina e giurisprudenza svolgono – e continueranno a svolgere, col progresso e la diversificazione delle relazioni economiche – in modo da tracciare i contorni più rilevanti degli istituti consumeristici. Nel caso brasiliano, tale compito viene complicato dal fatto che, a differenza del c.cons. (art. 3, lett. a), il *Código de*

29 MARTA BRITTO DE AZEVEDO, *Responsabilidade civil e disciplinar: a advocacia e o Código de Defesa do Consumidor*, in corso di pubblicazione.

30 V. NEWTON DE LUCCA, O código de defesa do consumidor: discussões sobre o seu âmbito de aplicação, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 6, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr. - jun. 1993, p. 61 ss.; Si veda anche *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos*, a cura di Claudia Lima Marques, João Batista de Almeida e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006; e ARNOLDO WALD, *Direito Civil: contratos em espécie*, vol. 3, 18. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

31 “Art. 3° (...) § 2° Servizio è qualsiasi attività offerta nel mercato di consumo, mediante remunerazione, compresa quella di natura bancarie, finanziaria, di credito e securitaria, salvo quelle derivanti da rapporti di carattere di lavoro”, *Código de Defesa do Consumidor*. Traduzione dal portoghese dell'autrice.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

Defesa do Consumidor (art. 2°, *caput*) ricomprende nella nozione di consumatore *standart* anche la persona giuridica.

Un altro esempio: alcune decisioni del *Superior Tribunal de Justiça* hanno autorizzato l'applicazione eccezionale del *Código de Defesa do Consumidor* per risolvere conflitti che coinvolgono alcuni tipi di professionisti – come nei casi di una catena alberghiera e di un noleggiatore³² –, in base alla tesi che, in certe circostanze, essi possono essere considerati soggetti deboli, da tutelare con disposizioni che vanno oltre quelle previste dal codice civile.³³

Un argomento analogo, a favore dell'applicazione della legislazione rivolta ai consumatori a contraenti “deboli”, è stato sollevato anche nei Tribunali italiani. In particolare, è stata prospettata la possibilità di applicare a casi che coinvolgono il piccolo imprenditore e l'artigiano le norme sulle clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore, che, come già osservato (v. nota 17), erano allora previste al Capo XIV-*bis*, artt. 1469 *bis* a 1469 *sexies* del c.c. La decisione della Corte Costituzionale, tuttavia, è stata un'altra. Nell'emblematica sentenza 22 novembre 2002, n. 469, la Corte ha negato l'equiparazione a consumatore delle piccole imprese e di quelle artigiane, la quale, secondo il giudice *a quo*, risulterebbe dagli artt. 3, 25, 41 della Costituzione. Secondo la Corte, le discipline del c.c. e della dir. 93/13/CCE impongono di distinguere tra consumatore e contraente debole e di applicare a quest'ultimo (vale a dire, a tutti gli altri contraenti sottoposti alle clausole predisposte unilateralmente dall'altro), gli artt. 1341, 1342, 1370 e 2597 del c.c. e l'art. 3 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 sulla tutela della concorrenza e del mercato.³⁴

32 *Recurso Especial* n. 476.428-SC, 3ª *Turma*, 09.05.2005; e *Recurso Especial* n. 108.0719-MG, 3ª *Turma*, 17.08.2009.

33 Trattasi in casu del c.d. *finalismo aprofundado*, cfr. CLAUDIA LIMA MARQUES, in *Comentários ao código de defesa do consumidor*, Claudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin, Bruno Miragem, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, in specie v. Alla p. 85.

34 Sulle significative differenze fra la disciplina del contratto del consumatore e il regime del contratto di diritto comune e sui loro campi di applicazione, v., principalmente, ANTONIO TULLIO, *Il contratto per adesione: Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori*, Milano, 1997; e VITO RIZZO, *Condizioni generali di contratto e vessatorietà*, in *Condizioni generali di contratto e direttiva C.E.E. n. 93/13 del 5 aprile 1993*, a cura di E. Cesàre, Atti del convegno svolto a Napoli il 28 maggio 1993, Padova, 1994, p. 49 ss. Vedasi anche VINCENZO ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza: i nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di Paolo Cendon, Torino, 2004, p. 123 ss. Quest'ultimo autore ricorda che l'equilibrio contrattuale nei rapporti fra imprese è tutelato anche dall'art. 9, comme 1, 2 e 3, della l. 192/1998, che prevede la

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

In effetti, la legislazione italiana già prevedeva strumenti normativi miranti a proteggere il contraente (debole e non) che aderisce ad un contratto per adesione. Ad esempio l'art. 1341, secondo comma del c.c. prevede che non abbiano effetto, se non sono state specificamente approvate per iscritto, le clausole che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, certe limitazioni di responsabilità. Evita in questo modo che le imprese in posizione notoriamente superiore eccedano le loro facoltà e praticino abusi nel predisporre le clausole contrattuali. In Brasile, al contrario, la legge civile non prevede una tale disciplina specifica.

Un'altra peculiarità della legislazione italiana è che nel c.cons. lo stesso termine si trova definito più volte in luoghi diversi. La nozione di consumatore, per esempio, è definita nell'art. 3, lett. a, e ancora nell'art. 18, lett. a, del c.cons., relativo alle “Pratiche commerciale, pubblicità e altre comunicazioni commerciali”³⁵. Lo stesso accade per le definizioni di professionista (artt. 3, lett. c; e 18, lett. b), produttore (artt. 3, lett. d; 103, comma 1, lett. d; e 115, comma 2-bis), prodotto (artt. 3, lett. e; 18, comma 1, lett. c; 103, comma 1, lett. a; e 115, comma 1), ecc. L'adozione dell'una o dell'altra nozione e la differenza tra di loro dipendono da molti aspetti: l'estensione dell'area applicativa, la natura del bene, lo scopo dell'acquisto o l'interesse che deve essere assicurato.³⁶

Al di là della problematica delle definizioni, può essere interessante soffermarsi su una serie di istituti protettivi introdotti dal *Código de Defesa do Consumidor*, come

regola dell'abuso di dipendenza economica (in specie alla p.132). Dall'analisi della menzionata legge, si osserva che tale regola considera come dipendenza economica, fra altre, “la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi”, considerando ancora abuso l'imposizione “di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie”. In tali casi il contratto viene giudicato nullo.

35 “Con buona pace delle proclamate esigenze di semplificazione linguistica e di uniformità della terminologia, il testo del Codice del consumo fornisce numerose e variate nozioni di consumatore, quattro delle quali sono espressamente enunciate come tali, mentre almeno un'altra è assunta per implicito”. LUCIA DELOGU, *Leggendo il Codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, cit., p. 96.

36 Secondo chiarisce LUCIA DELOGU (trattando della definizione di prodotto), “La dimensione qualitativa e quantitativa dell'area applicativa delle diverse nozioni è il dato principale a cui guardare e che consente di stilare una sorta di progressione: si può muovere da un insieme più ampio e onnicomprensivo quale è definito dall'art. 18; al suo interno disegnare il sottoinsieme tracciato dall'art. 3 e richiamato dall'art. 113; da qui ritagliare il più ristretto spazio disegnato dall'art. 115 e, infine, isolare un questo spazio l'area dell'art.12”, in *Responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi*, p. 6. Materiale fornito durante il corso Diritto Europeo di Consumo presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Torino, 2011.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

l'elenco dei diritti essenziali dei consumatori (Capo III *Dos Direitos Básicos do Consumidor*, art. 6° e *incisos*); le proibizioni della pubblicità ingannevole/abusiva (art. 37, §§ 1° e 2°); le protezioni contrattuali (artt. 46 ss.); le azioni collettive (artt. 91 ss.); la buona fede (artt. 4°, *inciso* III, e 51, *inciso* IV); la responsabilità civile (*Da Responsabilidade pelo Fato/Vício do Produto e do Serviço*, artt. 12 ss.); e l'elenco delle pratiche commerciali sleali (artt. 39 ss.). Di questi tre ultimi istituti ci occuperemo nelle prossime pagine.

4. ALCUNI ISTITUTI DEL *CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR*

4.1 La Buona Fede

La disciplina dettata dal *Código de Defesa do Consumidor* ha rappresentato un passo avanti: oltre ad aver veicolato, in base alla Costituzione del 1988, istituti inediti nel campo delle relazioni di consumo (e.g., buona fede oggettiva e responsabilità civile oggettiva), ha suscitato nuove discussioni teoriche e giurisprudenziali su istituti consolidati nel diritto brasiliano.

Alcuni di questi istituti, secondo la giurisprudenza, conferiscono equilibrio e/o protezione in tutte le fasi della relazione di consumo: precontrattuale, contrattuale e *post*-contrattuale. Altri disciplinano soltanto una di tali fasi. Il principio della buona fede oggettiva si inserisce nella prima ipotesi, in quanto esige un atteggiamento leale dalle parti per tutta la durata della relazione di consumo³⁷.

In altre parole, sulla base della tradizionale disciplina delle obbligazioni e, quindi, considerando il complesso vincolo che lega le persone, come soggetti di diritto,

37 Sull'attuazione del principio della buona fede come regola generale nelle attività commerciali prevista nell'art. 39, c.cons., v. i commenti di ENRICO MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 75 ss., ove si legge che tale disposizione “fa riferimento non ad atti o contratti, ma all'attività commerciale: la norma rinvia all'intera attività, e non ad una fase negoziale, e prescinde quindi dalla sussistenza di un rapporto contrattuale, volendo tutelare il consumatore in ogni fase del processo di consumo. Da questo punto di vista, l'art. 39 del codice del consumo è perfettamente in linea con la direttiva sulle pratiche commerciali sleali: la direttiva trova applicazione alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto” (in specie v. alla p. 76).

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

in un rapporto giuridico, il principio di buona fede con riguardo ai contratti di consumo si applica: a) alla fase della nascita dei doveri giuridici, quando ad esempio il venditore è tenuto a fare un'offerta sufficientemente precisa, chiara, corretta, e a vincolarsi ad eseguirla (artt. 30 e 31 del *Código de Defesa do Consumidor*); b) alle trattative; c) alla formazione e esecuzione del contratto; d) alla fase ancora successiva dell'adempimento contrattuale, che include gli eventuali doveri rimanenti, come le garanzie di conformità³⁸ e addirittura il *recall*³⁹.

A differenza della buona fede soggettiva, che è un stato psicologico attribuito alla persona al quale sono collegati certi effetti giuridici, e che dipende, oltre che dall'ignoranza (o dalla mancanza di intenzionalità) di ledere un diritto altrui, dall'assenza della consapevolezza di un fatto giuridico⁴⁰, la buona fede oggettiva è piuttosto un dovere che, come si è visto, impone una condotta corretta/leale e il rispetto degli interessi altrui.

Si osserva in proposito, inoltre, che la buona fede oggettiva comporta una serie indefinita di obblighi giuridici in capo alle parti. Non solo perché la buona fede oggettiva è richiesta, come è stato evidenziato, nelle diverse fasi del rapporto giuridico delle obbligazioni. Ma perché la sua osservanza è dovuta non solo in relazione alla prestazione principale, ma anche a molti altri doveri connessi al contratto (doveri generali di condotta), vale a dire, doveri di informazione, cooperazione, diligenza e ecc.⁴¹.

Si tratta di doveri, però, che in generale non vengono individuati dalla legge o dal contratto, o meglio, "il principio generale della correttezza e della buona fede

38 A proposito delle garanzie dei beni di consumo *post-vendita* nella dottrina italiana v. Sette Voci sulla direttiva comunitaria riguardante le garanzie nella vendita di beni di consumo, *Contratto e impresa/Europa*, Padova, 2000, in particolare, ROSSELLA FADDA, Il contenuto della direttiva 1999/44/CE, p. 410 ss., in specie alle p. 424 ss. Al riguardo v. anche LUCIA DELOGU, Le garanzie convenzionali, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Francesco Galgano, vol. 31, Padova, 2003, p. 503 ss.

39 Il *recall*, cioè la convocazione dei consumatori per il riparo di un difetto, risulta dal dovere del professionista previsto nell'art. 10, § 1°, del *Código de Defesa do Consumidor*. Secondo tale articolo, il professionista che, dopo aver introdotto prodotti e servizi nel mercato di consumo, viene a conoscenza della loro pericolosità, deve comunicare il fatto alle autorità competente e ai consumatori.

40 Nel diritto privato, buoni esempi sono le regole del possesso di buona fede (soggettiva) contemplate tanto dall' art. 1147, c.c. quanto dagli artt. 1201 ss. *Código Civil*.

41 Sul dovere di informazione nello svolgimento delle trattative contrattuali, si veda, nella letteratura italiana, FRANCESCO GALGANO, Il negozio giuridico, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2002, p. 499 ss., in specie v. alla p. 508.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

consente di identificare altri divieti e altri obblighi oltre a quelli previsti dalla legge”, dato che non è possibile stabilire tutte le ipotesi. In tal caso, e nella mancanza di un'interpretazione esplicita di ciò che significa agire con lealtà e correttezza così come richiesto dal principio della buona fede oggettiva, si deve formulare un giudizio di valore, prendendo in considerazione i comportamenti di correttezza (abituamente) adottati all'epoca e nel contesto dell'attività svolta o nell'ambito sociale concernente il rapporto contrattuale.⁴²

Sino al *Código de Defesa do Consumidor* del 1990, alcuni articoli di legge, e.g. artt. 130 e 131 del *Código Comercial* e art. 85 del *Código Civil* del 1916, prescrivevano la buona fede soltanto come riferimento all'interpretazione contrattuale (che nella pratica, allora, non veniva applicata) o alla dichiarazione di volontà. Ossia, fino al 1990 la buona fede prevista dalla legislazione brasiliana non era ancora intesa in senso oggettivo.

Sulla significativa distanza fra le legislazioni italiana e brasiliana circa la buona fede oggettiva, basti dire che, nel 1942, nel codice civile italiano erano già presenti articoli che imponevano la buona fede come regola di comportamento ad entrambi le parti, debitore e creditore (art. 1175 c.c.) e, più avanti nel codice, come norma da osservare nello svolgimento delle trattative, nella formazione precontrattuale (art. 1337 c.c.) e ancora nell'esecuzione e interpretazione del contratto (artt. 1374, 1375 e 1366 c.c.)⁴³. Più tardi, è stato il c.cons. ad assorbire la regola della buona fede oggettiva (art. 2, comma 2, c-bis; art. 39; art. 52, comma 2, ecc.).

Invece, in Brasile il principio di buona fede oggettiva è stata introdotto con l'avvento del *Código de Defesa do Consumidor* e poi, nel 2002, incluso nel *Código Civil* (artt. 113, 187, 422), il cui progetto di legge, è bene ricordare, risale al 1975.

Nel *Código de Defesa do Consumidor*, la buona fede viene prevista all'art. 4°, *inciso III*, come principio basilare della politica nazionale delle relazioni di consumo, e all'art. 51, *inciso IV*, come causa di nullità di clausole contrattuali (vessatorie). Oggi però le situazioni previste dal *Código de Defesa do Consumidor* vengono estese dalla dottrina e soprattutto dalla giurisprudenza, le quale hanno attribuito alla buona fede altre funzioni: protezione del consumatore (nonostante l'obbligo di comportarsi con

42 Cfr. FRANCESCO GALGANO, Il negozio giuridico, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit. Per la frase richiamata v. alla p. 500. Sul metodo di indagine per individuare quello che rientra nella clausola di buona fede, v. anche GIORGIO STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 1996, in specie v. alla p. 3.

43 “L'abolito art. 1124 del Codice di 1865 prendeva in considerazione la buona fede in riguardo alla esecuzione del contratto. Gli'interpreti ne estesero l'osservanza anche alla formazione”. ANTONIO BUTERRA, *Il Codice Civile Italiano: libro delle obbligazioni parte prima*, Torino, 1943, p. 331.

correttezza e lealtà sia reciproco), fonte di doveri giuridici, criterio di interpretazione giudiziaria del contratto, clausola generale ecc.⁴⁴

In questo modo la buona fede – in quanto dovere imprescindibile di condotta – fa il suo ingresso (e si espande) nell'ordinamento giuridico brasiliano.

4.2 La Responsabilità Civile

Nel campo della responsabilità civile pertinente alle relazioni di consumo, due dei molti cambiamenti avvenuti nella legislazione brasiliana sono rilevanti. Il primo: con l'introduzione del *Código de Defesa do Consumidor*, e di conseguenza della *responsabilidade civil de consumo*, al professionista è addebitabile non solo la consueta violazione contrattuale o legale, ma anche la mancanza di sicurezza o inadeguatezza del servizio o del prodotto offerto.

Come conseguenza, la responsabilità viene attribuita, in termini generali, a colui che, nell'offrire un prodotto o servizio, rischia di causare un danno al consumatore sia (i) perché tale prodotto/servizio non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere⁴⁵, sia (ii) perché tale prodotto/servizio ha proprietà che lo rendono inadeguato al suo regolare uso (quanto alle sue qualità e quantità)⁴⁶. Così, oltre all'interesse

44 Sull'argomento, v. la letteratura brasiliana di JUDITH MARTINS-COSTA, in particolare: Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro, *Revista Forense*, ano 17, n. 382, Rio de Janeiro, Forense, nov. - dez. 2005, p. 119 ss. Per un'altro sguardo sul tema, v. GUSTAVO TEPEDINO e ANDERSON SCHREIBER, A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, in *Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002: convergências e assimetrias*, a cura di Alberto de souza Pasqualotto e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

45 *Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço*, artt. 12, caput, § 1°, incisos I, II e III, e 14, § 1°, *Código de Defesa do Consumidor*. Rispetto alla responsabilità per danno da prodotto, essa è stata ispirata alla dir. 85/374/CEE, che regola la responsabilità per danno da prodotti difettosi. Contenuto analogo si trova quindi nell'art. 6°, comma 1, a, b, c, della dir. 85/374/CEE (e anche nell'art. 117, comma 1, lett. a, b, c, del c.cons.). Già sulle altre discipline consumeristiche, nell'elaborazione della legge brasiliana del consumo si sono prese in considerazione diverse leggi straniere, per lo più il *Projet de Code de la Consommation*, cfr. gli autori del progetto di legge, ANTONIO HERMAN BENJAMIN, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover et. al., cit., p. 10.

46 *Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço*, artt. 18, caput, e 20, § 2°, *Código de Defesa do Consumidor*.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

patrimoniale, vengono protetti diritti costituzionali dei consumatori legati alla sua persona (salute, sicurezza, vita, ecc.).

Nell'esperienza brasiliana si può ricordare il caso paradigmatico della ferita provocata dalla latta di passata di pomodoro, di cui il *Superior Tribunal de Justiça* ha ritenuto responsabile il fabbricante perché, senza fornire la dovuta informazione, aveva messo in circolazione un imballaggio la cui apertura richiedeva una certa cura e comportava un rischio per la salute del consumatore. Il fabbricante è stato, di conseguenza, condannato a pagare i danni.⁴⁷

Il secondo istituto la cui evoluzione legislativa è interessante prendere in considerazione è quello della responsabilità oggettiva, che per molto tempo ha occupato un posto di eccezione nella legislazione brasiliana, nel senso che il suo impiego era limitato alla regolazione di attività particolari, come il trasporto di merci per le strade ferrate (*Decreto* 2.681/1912) o l'uso dell'energia nucleare (artt. 4° ss., l. 6.453/1977, e 21, *inciso XXIII*, lett. d, *Constituição da República*): attività particolarmente rischiose o implicanti l'uso di macchinari non abbastanza perfezionati.

Ed è appunto in relazione a simili attività che la possibilità di coinvolgimento del professionista è stata ammessa, nel senso che si attribuisce la responsabilità civile a chiunque sia ricollegabile al danno, anche in assenza di una verifica della colpa. In seguito, con il moltiplicarsi delle ipotesi legali in cui tale rischio era presente, la responsabilità oggettiva è stata estesa anche ai danni ambientali (art. 14, § 1°, l. 6.938/1981), a quelli causati dallo Stato nella prestazione (diretta o indiretta) di servizi pubblici (art. 37, § 6°, *Constituição da República*/1988) e ad altri casi contemplati più recentemente dal *Código Civil*/2002 (e.g. la responsabilità degli imprenditori, art. 931). Oggi, la responsabilità oggettiva è la regola principale della *responsabilidade civil de consumo*.

I tradizionali elementi minimi di attribuzione della responsabilità civile (soggettiva), cioè la condotta colpevole (*in senso lato*) dell'agente, il danno e il nesso di causalità tra di loro, hanno dovuto essere rivisti dal momento che la loro applicazione convenzionale non assicurava protezione effettiva a quelle relazioni specificate dalla legge (riguardanti il diritto del consumatore, il diritto ambientale, ecc). Così che, oggi nelle relazioni di consumo, non è indispensabile provare l'esistenza della colpa ai fini dell'imputazione del dovere di risarcimento (salvo nel caso dei liberi professionisti, la cui responsabilità si basa ancora sulla teoria soggettiva), e la colpa può essere discussa in una eventuale azione di regresso solo fra i professionisti coinvolti.

Tale misura facilita la difesa del consumatore, la quale risulterebbe indebolita di fronte ai innumerevoli soggetti, che di solito partecipano alle relazioni di consumo

47 *STJ. Recurso Especial* n. 237964/SP, 4ª Turma, 08.03.2000; *RJADCOAS*, vol. 7, p. 29; *RSTJ*, vol. 134, p. 411; *RT*, vol. 779, p. 208; e *SJADCOAS*, vol. 97, p. 49.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

(produttore, costruttore, importatore, esportatore, distributore, prestatore di servizio e così via).

Rispetto alla traiettoria della giurisprudenza italiana sulla responsabilizzazione indipendente dall'analisi di colpa, è bene ricordare la celebre pronuncia della Corte di Cassazione che ha ritenuto fondata l'azione proposta da una coppia intossicata dopo aver consumato dei biscotti avariati prodotti da una ditta. La Corte ha confermato, in questo modo, nel 1964, la sentenza resa dal Tribunale di Roma, che partendo da un "processo logico presuntivo" aveva attribuito il difetto del prodotto direttamente alla società produttrice⁴⁸.

In altre parole, molto prima dell'entrata in vigore della direttiva 85/374/CEE⁴⁹, che ha introdotto nello spazio comunitario europeo la materia della responsabilità per danno da prodotti difettosi indipendente della prova di colpa, la Corte aveva già anticipato questa soluzione.

Senza la necessità del requisito della colpa per l'imputazione della responsabilità soggettiva, il percorso della riparazione in base alla responsabilità oggettiva passa attraverso la ricerca della prova dell'esistenza del danno e del nesso causale fra questo e l'esercizio dell'attività economica.

Peraltro, l'esenzione dalla responsabilità per danno da prodotto avviene quando il professionista dimostra, nei termini dell'art. 12, § 3°, I, II e III, del *Código de Defesa do Consumidor*, (i) che non ha messo il prodotto in circolazione; (ii) che benché lo abbia messo il prodotto in circolazione il difetto non sussiste; o (iii) che la colpa è esclusivamente del consumatore o di terzi. L'esenzione dalla responsabilità per danno da servizio, invece, si ha quando il professionista dimostra, d'accordo con l'art 14, § 3°, *Código de Defesa do Consumidor*, (i) che, avendo prestato il servizio, il difetto non sussiste; e (ii) che la colpa è esclusivamente del consumatore o di terzi. Non sono previsti, però, le ben note cause escludenti derivate dalla teoria generale della responsabilità civile (il caso fortuito e la forza maggiore), il che divide la dottrina brasiliana circa la loro validità per la disciplina del consumo.⁵⁰

48 Cfr. LUCIA DELOGU, *Responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi*, cit., p. 35, che affronta indirettamente anche il problema della responsabilità del produttore per la messa in circolazione di prodotti difettosi.

49 Con attuazione in Italia condotta dal Decreto 24.05.1988, 224 e posteriormente incorporata dal c.cons. (artt. 114 ss.).

⁵⁰ Sul tema, v. EDUARDO ARRUDA ALVIM. *Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 15, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul. - set. 1995, p. 132 ss. Anche in *Coleção Doutrinas Essenciais - Responsabilidade Civil*, v. 4, *Indenizabilidade e direito do consumidor*, a cura di Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 683 ss.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

Nel corpo giuridico europeo, le ipotesi di esenzione dalla responsabilità stabilite dalla direttiva 85/374/CEE, art. 7°, sono ancora più ampie, sebbene si riferiscano soltanto ai prodotti, esclusi i servizi, *in verbis*: “Il produttore non è responsabile ai sensi della presente direttiva se prova: a) che non ha messo il prodotto in circolazione; b) che, tenuto conto delle circostanze, è lecito ritenere che il difetto che ha causato il danno non esistesse quando l'aveva messo in circolazione o sia sorto successivamente; c) che non ha fabbricato il prodotto per la vendita o qualsiasi altra forma di distribuzione a scopo economico, né l'ha fabbricato o distribuito nel quadro della sua attività professionale; d) che il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a regole imperative emanate dai poteri pubblici; e) che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui ha messo in circolazione il prodotto non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto; f) nel caso del produttore di una parte componente, che il difetto è dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata incorporata la parte o alle istruzioni date dal produttore del prodotto”.

In seguito, l'art. 8°, comme 1 e 2, della direttiva prevede anche che, salvo alcune eccezioni, la responsabilità del produttore non risulti attenuata nei casi in cui il danno sia provocato congiuntamente da un difetto del prodotto e dall'intervento di un terzo. Per altro verso, però, la medesima responsabilità può essere ridotta o venir meno, a seconda del caso concreto, qualora il danno sia causato congiuntamente da un difetto del prodotto e per colpa del danneggiato o di una persona di sua responsabilità.

Nell'assenza dell'elemento soggettivo della colpa e in caso di insussistenza delle ipotesi di esclusione della responsabilità, le discussioni dottrinarie e giurisprudenziali brasiliane si concentrano sulla prova del danno (specialmente sulla determinazione del suo contenuto e dei suoi criteri di misura), sulla prova del nesso causale e sulle sue varie teorie, sull'attribuzione giuridica della responsabilità e così via. A proposito, la nozione di nesso causale, ordinariamente legato all'idea di una connessione determinante tra due eventi, costituisce ancora una grande sfida della giurisprudenza brasiliana. La materia è disciplinata dall'art. 403 del *Código Civil*/2002, che attribuisce la responsabilità all'agente soltanto in relazione all'effetto della sua condotta. La mancanza di altri criteri espliciti nel sistema normativo, però, non ha impedito ai giudici di basare le loro decisioni sulle teorie più svariate, che da molto sono oggetti di dibattiti dottrinari⁵¹, per giustificare e portare a compimento il risarcimento del danno.

51 Per un sguardo sulle varie teorie della causalità giuridica, v., nella letteratura italiana, ADRIANO DE CUPIS, *Il danno, teoria generale della responsabilità civile*, vol I, 3 ed., Milano, 1979 (in specie v. alla p. 225 ss.) e nella letteratura brasiliana, v. GUSTAVO TEPEDINO, *A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar*, *Revista Jurídica Empresarial*, ano 02, n. 08. Porto Alegre, Notadez, maio - jun. 2009, p. 75 ss., il quale ha affrontato il tema delle diverse teorie anche (più recentemente) con riferimento specifico al nesso di causalità tra l'abitudine al fumo di sigarette e le malattie contratte dai fumatori.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

Fra queste teorie, in sintesi, ci sono: (i) la teoria della equivalenza degli antecedenti causali (o della *condicio sine qua non*), secondo cui il danno è la conseguenza di una determinata combinazione di fattori, di modo che con l'eventuale soppressione di uno di essi, si ritiene che l'effetto non sarebbe stato prodotto. Altri esempi di questo primo gruppo sono (ii) la teoria del danno diretto e immediato (di cui parla l'art. 403) e (iii) la teoria della causalità adeguata, secondo cui si suppone sufficiente la causa che si rivela, in astratto, la più probabile nel produrre il danno.

Occorre tuttavia segnalare che assai più problematica della determinazione dell'effettivo autore del fatto dannoso, è l'attribuzione giuridica (e non automatica) della responsabilità civile, che presuppone la fissazione di parametri per determinare chi sopporterà l'obbligo di risarcire il danno.⁵²

Per quanto concerne il problema dell'imputazione, qualora non sia possibile individuare l'autore della lesione fra le persone coinvolte nell'evento, alcune teorie, agganciandosi agli elementi meno tecnici, tendono ad ampliare la responsabilità civile, in modo da compensare i danni subiti. Ad esempio, (i) la teoria della causalità alternativa reputa responsabili in solido tutti gli agenti che avrebbero potuto essere autori del danno, mentre (ii) in base al criterio, diffuso soprattutto nella sfera giuridica nord-americana, del *market share liability*, la responsabilità viene ripartita a seconda della fetta di mercato detenuta dal fabbricante in relazione al prodotto.

È da notare che, nonostante l'art. 265 del *Código Civil (Parte especial: Livro I Dos direitos das obrigações)* preveda che la solidarietà non può essere presunta⁵³, la giurisprudenza talvolta supera sia tale disposizione sia il requisito di dimostrazione del rapporto causale. Nell'esperienza brasiliana si registra il caso del tribunale che, in base alla teoria della causalità alternativa, ha condannato in solido parecchi autisti coinvolti in un unico incidente stradale.⁵⁴ Curiosamente, l'ipotesi era già stata discussa un paio di anni prima nel caso di un paziente minorenne contaminato dall'AIDS attraverso trasfusioni di sangue realizzate nei diversi ospedali in cui era in cura per emofilia⁵⁵.

52 Cfr. STEFANO RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964 (in specie v. alla p. 73).

53 Cfr. NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 143.

54 TARS. *Apelação* n. 195.116.827, 5ª *Câmara Cível*, 23.11.1995. Il caso viene ricordato da ANDERSON SCHREIBER, *Flexibilização do nexos causal em relações de consumo*, in *Temas de Direito do Consumidor*, a cura di Guilherme Magalhães Martins, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 29 e ss. (in specie v. alla p. 37), il quale, oltre alle soluzioni menzionate, riporta una sintesi su altre alternative applicate dalla giurisprudenza: *teoria do fortuito interno*; *teoria da causalidade estatística*; fra altri (in specie v. alle pp. 38 e 39 rispettivamente).

55 TJRS, *Apelação* n. 593.008.808, 5ª *Câmara Cível*, 01.04.1993.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

Tuttavia, i giudici del tribunale brasiliano riuniti in aula hanno deciso a maggioranza, con un solo voto contrario, di non applicare la teoria della causalità alternativa, *i.e.* di non imputare la responsabilità in solido a tutti gli ospedali implicati.⁵⁶

Concludendo su questo punto, da un lato, con l'avvento del *Código de Defesa do Consumidor*, la responsabilità civile ha cessato di essere riferita esclusivamente al piano intersoggettivo e di dipendere dalla prova della colpa, al fine di consentire una protezione più efficace degli interessi e dei diritti diffusi e collettivi dei consumatori. Dall'altro, nell'ambito giuridico brasiliano si continua a discutere sugli altri requisiti necessari per attribuire la responsabilità civile, e in particolare (i) sulle difficoltà relative alla definizione di un criterio per stabilire la connessione causale tra l'evento dannoso e la condotta dell'agente e (ii) sull'adozione di altre soluzioni, in grado di prendere in considerazione tutte le parti, senza che la vittima rimanga ingiustamente priva di riparazione a causa dei numerosi possibili autori del danno, come accade sulla base di alcune teorie tradizionali della causalità, e senza che vengano condannate persone coinvolte in maniera casuale, come succede adottando altre soluzioni⁵⁷.

4.3 L'abusività: le pratiche commerciali sleali

Nell'elaborazione del *Código de Defesa do Consumidor*, il legislatore ha utilizzato clausole e norme 'aperte' e/o esemplificative, astenendosi dall'ardua impresa di disciplinare ogni possibile caso riguardante la relazione di consumo. Tale tecnica legislativa consente di adeguare la legge alle numerose situazioni concrete e peculiari, concedendo ai giudici un certo potere discrezionale. Buon esempio in proposito è l'elenco esemplificativo delle pratiche commerciali sleali dell'art. 39 e come, del *Código de Defesa do Consumidor*.

56 Per un'altro sguardo sul tema, v. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO. Transmissão de AIDS por transfusão de sangue. Inexistência de nexo de causalidade. Ausência de responsabilidade civil, *Revista dos Tribunais*, v. 84, n. 721, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 1995, p. 62 ss. Anche in *Coleção Doutrinas Essenciais - Responsabilidade Civil*, v. 5, Direito fundamental à saúde, a cura di Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 895 ss.

57 Sui limiti giudiziarie per risolvere i casi ai quale la legge non dà risposta e sul dilemma fra le seguenti alternative: “l'esigenza, da un lato, di un diritto certo, che renda prevedibili le decisioni giudiziarie; quella, dal lato opposto, di un diritto costantemente adeguato alla realtà, che renda le decisioni giudiziarie giuste.”, v. nella dottrina italiana il saggio di FRANCESCO GALGANO, Giurisprudenza e giurisprudenza in materia civile, *Contratto e impresa/Europa*, Padova, 1985, p. 29 ss. Per la frase richiamata v. alla p. 37.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

Quanto alle pratiche commerciali in generale⁵⁸, ci sono stati alcuni cambiamenti nel corso degli anni, come quello riguardante la pubblicità, che all'inizio si occupava di fornire informazioni al consumatore, e poi è diventata un autentico veicolo di persuasione, talvolta ingannevole e abusiva. Nella medesima direzione, le promozioni delle vendite (e.g., sconti, concorsi e campioni) sono diventate sempre più aggressive, al limite dell'abusività se non dell'assoluta scorrettezza.

Perciò, il legislatore ha cercato un equilibrio fra la difesa del consumatore e l'autonomia del professionista nello svolgimento dell'attività commerciale, in particolare nei rapporti coi consumatori (di ordine contrattuale, comprese le fasi *pre/post*, o non contrattuale). Ne è risultato un elenco di restrizioni a favore dei diritti fondamentali dei più deboli tramite la definizione di una serie di pratiche commerciali vietate ai professionisti⁵⁹, anche qualora siano in buona fede.

Tali restrizioni sono state incluse nel Capitolo V, Titolo I, del *Código de Defesa do Consumidor*, in cui si tratta dell'offerta di prodotti e servizi (artt. 30 ss.), della pubblicità (ingannevole e abusiva, artt. 36 ss.) e, fra altre cose, delle già menzionate pratiche commerciali sleali (artt. 39 ss.). Queste disposizioni integrano quelle già stabilite come diritto basilare dei consumatori nel Capo III *Dos Direitos Básicos do Consumidor*, art. 6º, inciso IV, il quale, a sua volta, prevede la protezione contro la pubblicità ingannevole e abusiva, i metodi commerciali coercitivi o sleali, e anche contro le pratiche commerciali sleali e le clausole abusive.

Nell'ordinamento comunitario europeo, significativa è stata l'approvazione della direttiva 2005/29/CE, riguardante le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, finalizzata a equiparare il livello di protezione legale degli Stati membri, elevandolo in maniera uniforme.⁶⁰ Tra i beni giuridici protetti dalla direttiva, tanto per

58 Cioè, rispetto alle misure e ai mezzi, immediati o non, per promuovere la circolazione di prodotti: garanzie, servizi, *marketing* (i.e. pubblicità, promozioni di vendita, ecc.), recupero credito, fra altri. V. sulla materia i commenti di ANTONIO HERMAN BENJAMIN, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover et. al., cit., p. 240 ss.

59 “Se il mercato è il luogo ideale di conflitto e di incontro dei diversi interessi in gioco, anche gli interessi dei consumatori – sia dal punto di vista economico-sociale, sia da quello giuridico – devono avere cittadinanza”. GUIDO ALPA, *Introduzione al Diritto dei Consumatori*, cit., p. 75.

60 Sull'attuazione, implicazioni e termini della dir. 29/2005/CE, v., specialmente, Cinque voci sulla direttiva comunitaria 29/2005/CE in tema di pratiche commerciali sleali, *Contratto e impresa/Europa*, Padova, 2007, p. 1 ss. Si veda anche *Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo, Milano, 2007.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

farne cogliere la rilevanza, c'è la libertà (fondamentale) di scelta del consumatore, il cui contenuto, nel contesto della direttiva evocata, viene definito come “libertà del consumatore di tenere comportamenti ed assumere decisioni di natura commerciale in modo consapevole ed incondizionato.”⁶¹.

La direttiva ha definito alcuni degli elementi della relazione di consumo, l'ambito di applicazione e alcune pratiche commerciali sleali, in particolare le azioni/omissioni ingannevoli, le azioni aggressive e, in allegato, la c.d. 'lista nera', ovvero l'elenco delle pratiche commerciali che sono considerate in ogni caso sleali. Le regole sono state poi riprodotte nel c.cons., dall'art. 18 e seguenti.

Alcune delle pratiche sleali previste dagli ordinamenti comunitario e italiano si trovano anche nell'ordinamento brasiliano. Occorre tuttavia segnalare che tali pratiche sono state disciplinate nel *Código de Defesa do Consumidor* in modo più generico. Ad esempio, laddove la direttiva 29/2005/CE proibisce nell'Allegato I, nn. 10, 17 e 28, rispettivamente (i) di “Presentare i diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista” (anche cfr. l'art. 23, comma 1, lett. l, c.cons.); (ii) di “Affermare falsamente che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni” (così anche l'art. 23, comma 1, lett. s, c.cons.); e (iii) di “Includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati” (anche cfr. l'art. 26, comma 1, lett. e, c.cons.), il *Código de Defesa do Consumidor* si limita a vietare, nell'art. 39, inciso IV, di “approfittare della debolezza o ignoranza del consumatore, in ragione della sua età, salute, conoscenza o status sociale per imporgli prodotti o servizi”.

Mentre, nell'Allegato I, nn. 21 e 29, la direttiva censura rispettivamente (i) il fatto di “Includere nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che dia al consumatore l'impressione di aver già ordinato il prodotto in commercio mentre non lo ha fatto” (così anche l'art. 23, comma 1, lett. z, c.cons.); e (ii) “Esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo nel caso dei beni di sostituzione di cui all'art. 7, paragrafo 3, della direttiva 97/7/CE (fornitura non richiesta)” (ma cfr. anche l'art. 26, comma 1, lett. f, e l'art. 57, comma 2, c.cons.)⁶²,

61 LUCA DI NELLA, Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive, in Cinque voci sulla direttiva comunitaria 29/2005/CE in tema di pratiche commerciali sleali, *Contratto e impresa/Europa*, cit., p. 39 ss. Per la frase richiamata v. p. 43.

62 Norma simile riguardante i servizi e le comunicazioni non richiesti si trova anche nell'art. 14, comma 1, e nell'art. 15, come 1 e 2, del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, in attuazione della dir. 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

il *Código de Defesa do Consumidor*, nell'art. 39, *inciso* III, vieta di inviare o consegnare al consumatore, senza previa richiesta, qualsiasi prodotto, o di fornire qualsiasi servizio, e, nell'art. 39, *inciso* VI, di eseguire servizi senza il preventivo e l'espressa autorizzazione del consumatore.

Gli esempi giuridici trattano, nel primo caso, dello sfruttamento della (iper)vulnerabilità del consumatore e, nel secondo, della mancanza di richiesta e di consenso da parte sua.

Sul primo punto, è da notare che, conformemente al principio espresso nell'art. 4°, *inciso* I, del *Código de Defesa do Consumidor*,⁶³ che riflette una delle più importanti ragioni della legge speciale, il consumatore è considerato di per sé vulnerabile. Se non bastasse questa presunzione legale di vulnerabilità, vi sono anche consumatori i quali sono ancora più vulnerabili a causa di alcune limitazioni soggettive, come la giovane età (i bambini) o la maturità avanzata (gli anziani), la condizione mentale o fisica e l'assenza di informazione. Nel capitolo sulle pratiche commerciali del *Código de Defesa do Consumidor* queste circostanze sono contemplate per lo più dalla regola dell'art. 39, *inciso* IV, che come visto precedentemente proibisce al professionista di approfittarsene.

Quanto al secondo punto, benché ci sia la proibizione dell'invio di prodotti e della prestazione di servizi in assenza della richiesta e del consenso del consumatore, la pratica è diventata ormai usuale in Brasile. Proprio per questo, risulta opportuna la norma dell'art. 39, paragrafo unico, del *Código de Defesa do Consumidor*, la quale esonera il consumatore dall'obbligazione di pagamento, equiparando i prodotti inviati e i servizi forniti a campioni. Altrimenti, a parte l'aspetto finanziario, questa situazione imporrebbe al consumatore l'obbligo di assolvere a un impegno che non ha voluto assumersi. Nel diritto italiano norme affini si trovano nell'art. 57, comma 1, del c.cons., e nell'art. 14, comma 2, e nell'art. 15, comma 3, del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190.

Nella quotidianità brasiliana, si è resa abituale la pratica, da parte di rappresentanti di alcune case editrici, di offrire (nelle vie, negli aeroporti, ecc.) abbonamenti gratuiti a riviste mediante la compilazione di un modulo, per poi addebitare al consumatore il costo rispettivo come se l'abbonamento fosse stato richiesto da lui.

Recentemente, il *Superior Tribunal de Justiça* ha condannato una casa editrice che, dopo aver restituito i soldi relativi ad un abbonamento non richiesto, ha reiterato l'azione, addebitando al consumatore una seconda volta lo stesso servizio non

63 Nell'originale: “Art. 4° A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

desiderato. Nel determinare l'entità del danno, la Corte Superiore ha tenuto presente anche gli 85 anni della consumatrice imbrogliata.⁶⁴

Appare evidente che, dinanzi ai cambiamenti di ordine economico e strategico nelle relazioni commerciali, risulta imprescindibile stabilire certe restrizioni nella sfera delle pratiche commerciali. D'altra parte, alla luce della reiterazione di pratiche sleali, risulta essenziale il ruolo dei tribunali nel rafforzare l'applicazione della legge.

5. CAMBIAMENTI E SFIDE

È possibile affermare che, nel corso di questi ventun'anni, il *Código de Defesa do Consumidor* non ha subito molte alterazioni – poco più di quindici, alcune delle quali relative a errori materiali –, specialmente se comparate con le più di cinquantasette modifiche (emendamenti) dell'attuale costituzione brasiliana, la quale è entrata in vigore soltanto due anni prima del *Código de Defesa do Consumidor*.

Tra i cambiamenti più discussi è interessante richiamarne uno che riguarda i contratti per adesione, cioè i contratti predisposti unilateralmente da una delle parti perché abbiano efficacia nei confronti del futuro contraente, senza la possibilità che questi li discuta o ne modifichi il contenuto. D'altra parte, si tratta di contratti che hanno il vantaggio della celerità e del risparmio.⁶⁵

Nell'esperienza brasiliana, la disciplina di tali contratti è stata una delle innovazioni del *Código de Defesa do Consumidor* rispetto alle precedenti disposizioni del *Código Civil*. Nel Capitolo VI (*Da Proteção Contratual*) del *Código de Defesa do Consumidor*, i contratti di consumo, che nella loro maggioranza sono contratti per adesione, hanno un regime speciale rivolto a portare a compimento alcuni diritti essenziali dei consumatori previsti nel Capitolo III *Dos Direitos Básicos do Consumidor*, tra i quali i diritti di informazione, libertà di scelta e parità nel contrattare

64 STJ. *Recurso Especial* n. 1102787/PR, 3ª Turma, 29.03.2010.

65 Nell'ampia dottrina italiana in riguardo alla disciplina del contratto per adesione, v., in particolare, C. MASSIMO BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977; *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C. Massimo Bianca, voll. I e II, Milano, 1979 e 1981; VITO RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Camerino, 1983; *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, l'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura di C. Massimo Bianca e Guido Alpa, Padova, 1996; e *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, a cura di E. Cesàro, Padova, 1998; Sui peculiari casi della giurisprudenza in materia di condizioni generali di contratto v. *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, a cura di E. Cesàro, vol. I, II e III, Padova, 1989, 1993 e 1997.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

(art. 6°, *incisos* II e III). In effetti, l'osservanza di tali diritti non riflette altro che la buona fede che, come visto sopra, deve ispirare i comportamenti delle parti.

Tornando al Capitolo VI, l'art. 46 prevede che i contratti che regolano i rapporti di consumo non siano efficaci nei confronti del consumatore nel caso non gli sia data la possibilità di conoscere in anticipo il loro contenuto, o se redatti in modo da renderne difficile la comprensione e la portata. Va registrato che la prima parte della norma in esame intrattiene qualche somiglianza con la disposizione dell'art. 1341, 1° comma, c.c. Successivamente, l'art. 47 dispone che le clausole contrattuali vadano interpretate nella maniera più favorevole al consumatore. Disposizioni analoghe si trovano negli artt. 423, del *Código Civil*, 35, comma 2, del c.cons., e 1370, del c.c.⁶⁶

Nell'art. 54, § 3°, il *Código de Defesa do Consumidor* precisa che qualora nei contratti per adesione venga usata la forma scritta, questi devono essere redatti in termini chiari e a caratteri leggibili, per facilitare la comprensione da parte del consumatore. La regola, questa volta, corrisponde a quanto previsto nell'art. 35, comma 1, del c.cons.

Su tale tema bisogna osservare le critiche della dottrina italiana alla mancanza della previsione legislativa dei requisiti di chiarezza e comprensibilità alle clausole non scritte (art. 35, comma 1, c.cons., disposizione che all'epoca si ritrovava nell'art. 1469-*quarter*, comma 1, c.c.). Secondo la dottrina, "la evidente limitazione alle sole clausole scritte appare apertamente in contrasto con l'esigenza di tutela del consumatore che si pone alla base della normativa. Va ricordato infatti che l'undicesimo considerando della

66 A proposito dell'identificazione del "dubbio" sul senso di una clausola, che, conformemente l'art. 1370 c.c., una volta individuato, impone un'interpretazione contro l'autore della clausola, v. VITO RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, cit., in specie alla p. 306 ss. Per un'altro sguardo su questa problematica e sulle conseguenze attribuite al predisponente per le clausole ambigue, alla luce delle soluzioni giurisprudenziali, v. MARCO CASSOTTANA, Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto, in *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C. Massimo Bianca, vol. I, Milano, 1979, p. 123 ss. Più tardi, ancora VITO RIZZO, *Trasparenza e contratti del consumatore (la novelle al codice civile)*, Camerino, 1997, fa il riscontro tra la norma dell'art. 1370 c.c. e quelle dettate dall'abrogato art. 1469-*quarter*, come 1 e 2 c.c. rispetto ai contratti del consumatore (l'attuale art. 35, come 1 e 2, del c.cons.), in specie alla p. 87 ss. Così anche GAETANO DI GIOVINE, Art. 1469-*quarter*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, a cura di E. Cesàro, Padova, 1998, p. 546 ss. (in specie alla p. 587 ss.); e ALBERTO JARACH, Art. 1469-*quarter*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, a cura di E. Cesàro, Padova, 1998, p. 599, in specie alla p. 616 ss.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

Direttiva 93/13 dispone che 'il consumatore deve godere della medesima protezione nell'ambito di un contratto orale o di un contratto scritto'.⁶⁷

Una seconda osservazione va fatta in relazione ai termini utilizzati dalla legge e ai loro significati. La disposizione italiana prevede che le clausole proposte per scritto “devono essere redatte in modo chiaro e comprensibile”, dove “l'aggettivo 'chiaro' può essere interpretato come riferito ad una redazione con caratteri leggibili; l'aggettivo 'comprensibile' invece come riferito al contenuto, tale cioè da rendere edotto l'aderente dei propri diritti attraverso la lettura del testo.”⁶⁸. Già in relazione alla disposizione brasiliana, non v'è dubbio quanto a questa precisazione. Come si è visto, nella redazione dell'art. 54, § 3°, viene espressamente previsto che nei contratti scritti debbano essere usati “termini chiari” e “caratteri leggibili”⁶⁹.

Inoltre, l'art. 54, § 4, stabilisce che ove le clausole comportino limitazioni di diritti del consumatore, esse devono essere messe in evidenza, in modo da permettere la loro immediata e facile comprensione da parte del consumatore stesso. Nella medesima ipotesi, la legge italiana va oltre e richiede l'approvazione specifica delle clausole vessatorie, per iscritto (art. 1341, 2° comma, c.c.),⁷⁰ pena la loro invalidità⁷¹. Correlativamente, l'art 33 del c.cons. Presume che siano vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che "determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto", anche se il consumatore le ha sottoscritte.

67 Cfr. GAETANO DI GIOVINE, Art. 1469-quarter, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, a cura di E. Cesàro, cit. Per la frase richiamata v. alla p. 558.

68 GAETANO DI GIOVINE, Art. 1469-quarter, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, a cura di E. Cesàro, cit. Per la frase richiamata v. alla p. 563.

69 Nell'originale, “Art. 54 (...) § 3° Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar a sua compreensão pelo consumidor.”.

70 “Per le clausole il cui oggetto, con una valutazione tipizzata è ritenuto particolarmente gravoso per l'aderente, non è più sufficiente garantire la sola conoscibilità, commisurandola alla diligenza dell'uomo medio, come esige il primo comma dell'art. 1341, ma l'onere a carico del proponente è reso più inteso, cosicché egli deve ottenere l'approvazione scritta e specifica di ognuna di esse”. Cfr. LUCIA DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*. Padova, 2000 (in specie alla p. 259).

71 Sulle conseguenze relative al resto del contratto qualora sia dichiarata l'inefficacia di una clausola vessatoria per mancanza di sottoscrizione, v. i commenti di MARIA COSTANZA, *Natura normativa delle condizioni generali di contratto*, in *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C. Massimo Bianca, vol. I, Milano, 1979, p. 155 ss., in specie alla p. 168 ss.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

Per quanto riguarda questa particolarità della legislazione italiana, va sottolineato, che, anche dopo l'entrata in vigore della materia delle clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore (i successivamente abrogati artt. 1469 *bis* a 1469 *sexies* c.c., e gli attuali artt. 33 ss. c.cons.), il requisito della sottoscrizione previsto dall'art. 1341, 2° comma, c.c. continua ad essere richiesto rispetto a tale rapporto contrattuale (*Business to Consumer*). L'irrilevanza di questa regola, sempre rispetto al menzionato rapporto, emerge nelle ipotesi in cui le clausole contengano, come già accennato, un considerevole squilibrio dei diritti o degli obblighi. In tali casi la specifica approvazione per iscritto delle clausole non ha peso, giacché dinanzi a questo squilibrio le medesime clausole vengono dichiarate nulle⁷², mentre “il contratto rimane valido per il resto” (art. 36, comma 1, c.cons.).

Accanto a questo insieme di regole, e tornando alla modifica del *Código de Defesa do Consumidor* rispetto al contratto per adesione, nel 2008 la legge 11.785 ha aggiunto al testo dell'art. 54, § 3° (*supra*), l'obbligo di utilizzare, nella forma scritta dei contratti per adesione, carattere tipografico di dimensione non minore a dodici.

La domanda è se la legge brasiliana del consumo non contenesse già dispositivi sufficienti a determinare sia che il contenuto dei contratti deve essere (previamente ed effettivamente⁷³) conosciuto dal consumatore (art. 46) sia che essi devono essere redatti in caratteri visibili e leggibili (art. 54, § 3°) essendo la dimensione del carattere tipografico (12) soltanto uno dei modi per adempiere all'obbligo di informare, già previsto in termini generali dal *Código de Defesa do Consumidor*. A tutela dei consumatori c'è poi l'art. 46 del *Código de Defesa do Consumidor* che stabilisce che non siano vincolanti le clausole redatte in maniera da confondere il consumatore circa il loro senso e la loro portata.⁷⁴

72 Cfr. L. CABELLA PISU, Art. 1469-*bis*, comma 3, nn. 1, 2 e 15; art. 1469-*quinquies*, comma 2, nn. 1 e 2, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-*bis* e ss.)*, a cura di E. Cesàro, Padova, 1998, p.150 ss., in specie alle pp. 151 e 160.

73 Cfr. NELSON NERY JUNIOR, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, Ada Pelegrini Grinover *et. al.*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 541 ss.

74 Sulla mancanza di una prescrizione formale di sanzione di fronte alla violazione dei doveri di chiarezza e incomprensibilità nella legislazione italiana riguardante i contratti tra professionista e consumatore e sulle possibili soluzioni a tale omissione, v. i commenti di GAETANO DI GIOVINE, Art. 1469-*quarter*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-*bis* e ss.)*, a cura di E. Cesàro, cit., in specie alla p. 565 ss. V. anche ALBERTO JARACH, Art. 1469-*quarter*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-*bis* e ss.)*, a cura di E. Cesàro, cit., in specie alla p. 603 ss.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

A parte questa e altre modifiche, sono ancora in discussione nel parlamento brasiliano dei progetti di legge finalizzati a modificare il *Código de Defesa do Consumidor*. Mentre alcuni di essi propongono innovazioni valide, altri non aggiungono nulla di significativo alle disposizioni vigenti.⁷⁵

Meriterebbe comunque maggiore attenzione la sfida che la tecnologia, specialmente internet, rappresenta per il diritto civile (*in senso lato*), costringendolo a rivedere diritti come quelli d'autore, d'immagine, di stampa, relativi all'onore, all'intimità personale, alla libertà di opinione e di espressione, e così via.

In questo processo, il legislatore brasiliano dovrebbe occuparsi anche del commercio elettronico,⁷⁶ come ha già iniziato a fare il legislatore italiano ad esempio nel c.cons. (artt. 45-67) che, in seguito alle direttive 85/577/CEE (d.lgs. 50/1992), 97/7/CE (d. lgs. 185/1999) e 2000/31/CE (d.lgs. 70/2003), ha dedicato dispositivi specifici ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali e ai contratti a distanza⁷⁷. Il *Código de Defesa do Consumidor* invece tratta esplicitamente della materia in un unico articolo (art. 49), il quale prevede il diritto del consumatore di recedere dal contratto entro 7 giorni dalla firma o dal ricevimento del prodotto o servizio, qualora la contrattazione della fornitura del prodotto e/o servizio sia avvenuta al di fuori del locale commerciale, specialmente per telefono o a domicilio. Sugli altri diritti (diritti di informazione, protezione contrattuale, ecc.), la disciplina del commercio elettronico viene ricondotta ai dispositivi generali del *Código de Defesa do Consumidor*.

Da quanto fin qui ricostruito si può concludere che in questi ventun'anni il *Código de Defesa do Consumidor* ha senz'altro provocato una “rivoluzione

75 A proposito, MARTA BRITTO DE AZEVEDO, *Estrangeirismo no Brasil: o Projeto de Lei nº 1676/99 e as regras do Código de Defesa do Consumidor*, in *Temas de Direito do Consumidor*, a cura di Guilherme Magalhães Martins, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 382 ss.

76 V. EMILIO TOSI, *La conclusione di contratti “online”*, in *I problemi giuridici di internet – Dall'E-Commerce all'E-Business*, a cura di Emilio Tosi, Milano, 2003, p. 101 ss. Per un sguardo sul tema nella esperienza brasiliana v. GUILHERME MAGALHÃES MARTINS, *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

77 Sono in corso i lavori per l'approvazione di una proposta di direttiva (procedura n. 2008/0196/COD) del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori, la quale intende unificare le discipline previste dalle direttive 85/577/CEE (sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali), 97/7/CE (sui contratti a distanza), 93/13/CEE (sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori) e 1999/44/CE (sulle garanzie nella vendita di beni di consumo), in una sola direttiva. Per un sguardo sulla proposta v. LUCIA DELOGU, *La proposta di direttiva sui consumatori: la situazione a un anno dalla sua presentazione*, *Contratto e impresa/Europa*, Padova, 2009, p. 953 ss., la quale osserva che “la proposta ha il merito di unificare la disciplina del diritto di recesso.” Per la frase richiamata v. alla p. 976.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CODICE DI DIFESA DEL CONSUMATORE BRASILIANO

copernicana” nell'ordinamento giuridico brasiliano. Rimane finora una legge di avanguardia con strumenti destinati a dare effettività alla difesa individuale e collettiva dei consumatori nel rapporto diretto e indiretto con gli agenti economici. Ciononostante, superata la fase di affermazione dei diritti e individuati i mezzi per concretizzarli, si tratta ora di perfezionarli.

La sfida, che originariamente si poneva sul piano della competitività (data l'apertura del mercato brasiliano nel '90) e della legislazione, ora presenta nuove dimensioni di fronte all'attuale scenario economico brasiliano⁷⁸, la cui crescita viene forzosamente accompagnata da più complessità, giacché in Brasile lo sviluppo economico e sviluppo socioculturale non caminano insieme.

78 A proposito, v. il reportage Il miracolo brasiliano, in *La repubblica*, Roma, 18.03.2011, p. 38 ss.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

Legge di stabilità – La L. 24 dicembre 2012, n. 228, contenente *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, è stata pubblicata su *Gazzetta Ufficiale*, 29 dicembre 2012, n. 302, con entrata in vigore il 1° gennaio 2013.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

ASSIREVI

Operazioni di factoring pro-soluto – L'Assirevi ha divulgato il *Documento di ricerca n. 175* avente ad oggetto la rappresentazione e la valutazione delle operazioni di factoring pro-soluto per le società che adottano i principi contabili IAS/IFRS, sia nella prospettiva dei cessionari (società di factoring) sia in quella dei cedenti.

Il *Documento* è stato pubblicato sul sito www.assirevi.it.

ASSONIME

Il mancato rinnovo dei sindaci di nomina pubblica nelle s.p.a. non quotate – L'Assonime ha reso noto il *Caso n. 6* del 2012 concernente le società a partecipazione pubblica nelle quali al socio pubblico è attribuito il potere di nominare direttamente i membri del collegio sindacale. Oggetto di approfondimento è l'ipotesi in cui questi non provveda ad effettuare la nomina in sede di rinnovo dell'organo di controllo per scadenza del mandato.

Il testo del *Caso n. 6/2012* dell'Assonime è reperibile sul sito www.assonime.it.

La pubblicazione del progetto di fusione sul sito internet – L'Assonime ha affrontato nel *Caso n. 7* del 2012 le innovazioni introdotte all'art. 2501 *ter* in tema di adempimenti pubblicitari per le operazioni straordinarie, esaminandone i risvolti operativi.

Il *Caso n. 7/2012* dell'Assonime è disponibile sul sito www.assonime.it.

Assemblee delle società quotate – Sono stati diffusi i risultati dello studio condotto dall'Assonime sull'applicazione delle disposizioni di cui al D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 27, nella assemblee di società quotate tenutesi nel corso del 2011. Le principali proble-

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

matiche che emergono dall'indagine attengono a “i) le modalità di pubblicazione della documentazione assembleare; ii) la regolamentazione del diritto di porre domande prima dell'assemblea; iii) la figura del rappresentante designato; iv) le facoltà di identificazione degli azionisti e di maggiorazione del dividendo”. Alcuni di questi profili sono stati recentemente oggetto del decreto correttivo, (D.Lgs. 18 giugno 2012, n. 91. Vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 15/2012 di questa *Rivista*), parimenti esaminato nello *Studio*.

Il documento *Note e Studi n. 14/2012* è consultabile al sito www.assonime.it.

CNDCEC

Compensi a consulenti tecnici e periti – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha reso note le *Indicazioni in materia di liquidazione compensi a consulenti tecnici e periti*, nelle quali, oltre ad esaminare la disciplina normativa, sono affrontate alcune ipotesi operative, quali la presenza di incarichi collegiali e la determinazione degli onorari in caso di valutazioni d'azienda.

Il documento, pubblicato il 30 novembre 2012, è disponibile sul sito ufficiale del CNDCEC: www.commercialisti.it.

La redazione del bilancio delle società di minori dimensioni – È stato pubblicato un documento di analisi delle disposizioni normative e delle criticità connesse alla predisposizione dei documenti di bilancio nelle PMI, fornendo indicazione, ove esistenti, degli orientamenti giurisprudenziali e della prassi professionale. Tra le problematiche contabili affrontate vi è il trattamento dei finanziamenti effettuati dai soci.

L'approfondimento, diffuso il 12 dicembre 2012, è reperibile sul sito ufficiale del CNDCEC: www.commercialisti.it.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

L'atto notarile di trasferimento a seguito di vendita fallimentare – Il Consiglio Nazionale del Notariato ha diffuso lo *Studio n. 16-2011/E*, in tema di vendite nel contesto delle procedure fallimentari, con particolare riguardo ai loro aspetti strutturali, procedurali e funzionali. Sotto quest'ultimo profilo, si rileva che “*nell'ambito di una procedura che rimane caratterizzata da finalità, impulsi, disciplina e controlli pubblicistici, si apre normalmente un “segmento”, la fase del trasferimento, regolato da norme civilistiche ed in forma di contratto. Anche tale segmento civilistico, tuttavia, non fa venir meno tutele e disciplina proprie delle vendite esecutive*”, confermando così le peculiarità della disciplina della vendita liquidatoria fallimentare rispetto a quella tra soggetti privati.

Il testo dello *Studio n. 16-2011/E*, divulgato il 3 dicembre 2012, è disponibile sul sito www.notariato.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

OIC

Aggiornamento principi contabili nazionali – L’Organismo Italiano di Contabilità ha avviato la consultazione sul terzo gruppo di principi contabili nazionali, al fine di migliorarne la struttura e agevolarne i futuri aggiornamenti. I principi inclusi nella terza tranche sono OIC 21 *Partecipazioni*, OIC 22 *Conti d’ordine*, OIC 23 *Lavori in corso su ordinazione*.

Le osservazioni possono essere formulate sino al 31 maggio 2013.

Le bozze in consultazione sono reperibili sul sito www.fondazioneoic.eu.

GIURISPRUDENZA

Scissione parziale ed elusione della disciplina di cui all’art. 2506 quater c.c. – Il Tribunale di Verona ha ritenuto elusiva delle disposizioni previste dall’art. 2506 quater c.c., un’operazione di scissione parziale proporzionale a favore di una società neocostituita a cui sono state assegnate le partecipazioni detenute dalla scissa in società controllate estere, dovendosi ritenere nel caso di specie che *“in realtà, nel progetto di scissione è stato esplicitato, forse inconsapevolmente, quello che era il reale obiettivo dei resistenti, ossia salvaguardare, anche dalle legittime iniziative dei terzi creditori, il ramo produttivo che in quel momento era più redditizio e che avrebbe continuato ad esserlo anche in una prospettiva di medio - lungo periodo”*. Per il Tribunale scaligero, inoltre, la condotta integrerebbe la fattispecie penale di cui all’art. 2629 c.c., rubricato *“Operazioni in pregiudizio dei creditori”*.

L’ordinanza del Tribunale di Verona del 20 novembre 2012 è disponibile sul sito www.ilcaso.it.

Insinuazioni supertardive – Il Tribunale di Novara ha precisato che *“l’elemento differenziale tra le domande tardive semplici e le supertardive risiede proprio nell’effetto della prova della non imputabilità del ritardo”*, che, per le seconde, costituisce *“vera e propria condizione di ammissibilità della domanda, essendo precluso al creditore supertardivo colpevole ogni diritto al concorso e potendo egli, unicamente, promuovere giudizio nei confronti del fallito tornato in bonis, a condizione che quest’ultimo non sia una persona fisica che abbia chiesto ed ottenuto l’esdebitazione”*. Con precipuo riferimento al caso di specie, il Giudice ha stabilito che non costituisce una causa non imputabile del ritardo – per l’agente della riscossione creditore – l’iscrizione a ruolo protrattasi nel tempo nella piena consapevolezza dell’intervenuto fallimento, in quanto *“la causa non imputabile deve, infatti, riguardare fattori causali esterni alla posizione creditoria, che possono attingere alla forza maggiore, al caso fortuito o all’errore inconsapevole del creditore”*.

La decisione del Tribunale di Novara del 5 dicembre 2012 è consultabile al sito www.ilcaso.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Impugnazione delibere assembleari nei consorzi – La Corte di Cassazione ha precisato, in riferimento ad un consorzio, che *“sussiste l’interesse anche dei soci convocati e presenti e non solo di quelli pretermessi, a far valere il vizio inficiante le delibere assembleari per il mancato avviso a tutti i consorziati”*. La Suprema Corte ha motivato la decisione osservando che *“tale omissione comporta, infatti, la lesione di diritti soggettivi dei singoli consorziati, avuto riguardo non solo alla sostanziale inosservanza del metodo collegiale e del principio di maggioranza nell’adozione della delibera, ma anche al concreto assetto degli interessi contemplati dalle delibere impugnate, non potendosi escludere che la presenza dei soci non avvisati avrebbe potuto incidere sulla formazione della volontà collettiva per una regolamentazione degli interessi, sottesi alle delibere impugnate, diversa da quella in concreto adottata dai consorziati presenti”*.

Corte di Cassazione, 26 novembre 2012, n. 20890.

Bancarotta fraudolenta per distrazione e stato di insolvenza – Il Supremo Collegio si è espresso circa il ruolo svolto dalla dichiarazione di fallimento in relazione al reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, interrogandosi se questa sia *“elemento costitutivo oppure condizione oggettiva di punibilità”*. La Corte, adottando la prima soluzione e sottoponendo ad approfondito vaglio critico il precedente orientamento giurisprudenziale, ha tra l’altro affermato che *“la situazione di dissesto che dà luogo al fallimento deve essere rappresentata e voluta (o quanto meno accettata come rischio concreto della propria azione) dall’imprenditore e deve porsi in rapporto di causalità con la condotta di distrazione patrimoniale”*.

Corte di Cassazione penale, 6 dicembre 2012, n. 47502.

Bancarotta fraudolenta e operazioni infra-gruppo – La Cassazione ha ribadito che per integrare il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione *“il trasferimento di risorse infra-gruppo ha rilievo solo se effettuato senza alcuna contropartita economica, da società che versi in gravi difficoltà finanziarie a vantaggio di società in difficoltà economiche, posto che in tale caso nessuna prognosi fausta dell’operazione può essere consentita”*. Tuttavia, tenendo in debita considerazione il rapporto di gruppo, il delitto è escluso, tra l’altro, se *“con una valutazione ex ante, i benefici indiretti per la società fallita si dimostrino idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi, sì da rendere l’operazione incapace di incidere sulle ragioni dei creditori della società”*.

Corte di Cassazione penale, 17 dicembre 2012, n. 49044.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Delibera dell'assemblea e poteri del liquidatore – La Corte d'Appello di Salerno, con provvedimento in data 8 novembre 2012, ha rigettato il reclamo proposto contro il decreto di accoglimento di ricorso *ex art. 2409 c.c.*, emesso dal Tribunale di Nocera Inferiore in data 1° agosto 2012. In quell'occasione, il Tribunale, dopo essersi richiamato alla disciplina normativa in tema di poteri dell'assemblea in fase di liquidazione *ex art. 2487, 1° comma, lett. c), c.c.*, ritenne che il legislatore avesse inequivocabilmente inteso attribuire a tale organo societario le deliberazioni relative agli “*atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, ivi compreso il suo esercizio provvisorio, anche in singoli rami, in funzione del migliore realizzo*”.

La Corte ha quindi concluso che tale interpretazione fosse del tutto coerente sia col ruolo di centralità riconosciuto dal legislatore al predetto organo collegiale nella fase di liquidazione, sia con le precipue finalità della liquidazione e con i compiti del liquidatore.

In tale ottica, l'esercizio provvisorio “*in funzione del miglior realizzo*”, non può che essere demandato unicamente all'organo deliberativo che individua i criteri di scioglimento dell'ente e i poteri dei liquidatori e che può in ogni tempo modificare le deliberazioni assunte e revocare i liquidatori.

Spetterà poi al liquidatore, nell'ambito del potere riconosciuto dall'art. 2489, 1° comma, c.c., il compimento di tutti gli atti “*utili*” per la liquidazione della società, in attuazione del programma stabilito dall'assemblea e in stretta osservanza dei criteri da quest'ultima fissati ai sensi dell'articolo 2487, 1° comma, lett. c), c.c.

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Società in perdita sistematica – contratti di leasing

Al fine di assicurare un paritario trattamento tra le due modalità di “acquisizione” dei beni immobili strumentali all’esercizio d’impresa ed a prescindere dalle scelte contabili effettuate dal soggetto interessato nonché dalla data di sottoscrizione e/o dalla durata del contratto di leasing, il mol rilevante per la disapplicazione automatica della disciplina sulle società in perdita sistematica non può che essere determinato escludendo dai costi della produzione, di cui alla lettera B) del conto economico, l’ammontare dei canoni di leasing indicati in bilancio.

(Agenzia delle entrate, risoluzione 11.12.2012, n. 107/E)

Modello EAS – Chiarimenti sulla remissione in bonis

Gli enti che non abbiano ancora provveduto all’invio del Modello EAS possono adempiere all’onere della trasmissione di detto modello entro il 31 dicembre 2012, versando contestualmente la sanzione pari a euro 258,00, fermo restando il possesso dei requisiti previsti dal citato articolo 2, comma 1, del D.L. n. 16 del 2012. I soggetti che hanno inviato il Modello EAS oltre i termini previsti e vogliono sanare la propria posizione fruendo dell’istituto della remissione in bonis non sono tenuti a presentare nuovamente detto modello di comunicazione ma, fermo restando il possesso dei requisiti previsti dal citato articolo 2, comma 1, del D.L. n. 16 del 2012, devono versare unicamente la sanzione pari a euro 258,00 entro i termini individuati.

(Agenzia delle entrate, risoluzione 12.12.2012, n. 1107E)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

GIURISPRUDENZA

IVA – operazioni inesistenti

L'IVA che il cessionario assume di avere pagato al preteso cedente per l'operazione soggettivamente inesistente - in quanto corrisposta ad un soggetto che non era legittimato ad operare la rivalsa, giacchè non era (almeno in astratto, salva la previsione dell'art. 21, comma 7 d.P.R., che mira a recuperare comunque, in concreto, all'Erario il relativo importo) neppure assoggettato all'obbligo di pagamento dell'imposta - non può di certo essere detraibile ai sensi del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 19. L'alterazione del meccanismo di riscossione dell'imposta in questione, attraverso la realizzazione di comportamenti illeciti dei contribuenti, non consente, invero, il dispiegamento dell'ordinaria operatività del diritto alla detrazione dell'imposta sulle operazioni passive dell'imprenditore o del professionista. Il beneficio della detrazione non è accordabile, sia per il diritto comunitario che per il diritto interno che ad esso si uniforma, qualora sia dimostrato - secondo la disciplina dell'onere della prova - che lo stesso beneficio è invocato dal contribuente fraudolentemente o abusivamente.

(Cassazione civile, sez. V, sent. 14.12.2012, n. 23078)

IRAP – Lavoratore autonomo

L'"auto-organizzazione" del professionista, intesa come autonomia ed indipendenza nell'esercizio della attività rispetto ai terzi, è sì un elemento essenziale per la sottoposizione alla imposta, ma non è sufficiente, essendo altresì necessario un elemento organizzativo esterno, basato sulle esistenza di beni strumentali, ricorso a lavoro altrui ed apporto di capitale, anche in via tra loro alternativa.

(Cassazione civile, sez. V, sent./ord. 11.12.2012, n. 22592)

Imposte e tasse – Notificazioni

Se pur è vero che il contenuto delle dichiarazioni ricevute dal messo notificare o l'esito delle sue ricerche non possono far fede fino a querela di falso e differentemente ad es. da quanto in relata vien scritto esser avvenuto davanti al ridetto messo notificatore o dalla attività che questi dichiara di aver compiuta - è altresì vero che i ripetuti contenuti delle dichiarazioni ricevute dal messo notificare o l'esito delle sue ricerche debbono presumersi veritieri sino a contraria dimostrazione e questa ovviamente da darsi a chi contesta la notifica

(Cassazione civile, sez. V, sent./ord. 5.12.2012, n. 21817)

IVA – detrazioni

la prova di circostanze favorevoli alla parte non può essere tratta semplicemente dalla versione offerta da costei, opposta a quella offerta dal terzo informatore, dovendo il

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

giudice tributario effettuare tutte le verifiche del caso, sul piano logico e fattuale, tenuto conto anche della ripartizione degli oneri probatori in materia di deducibilità di costi (*Cassazione Civile, sez. V, sent./ord. 5.12.2012, n. 21813*)

Reati tributari – Sequestro penale

E' legittima la misura del sequestro preventivo per equivalente anche sui beni di proprietà di un funzionario pubblico che, nell'ambito di un'indagine per frode fiscale a carico di una società di capitali, era accusato di concorso nel reato e non di favoreggiamento.

(*Cassazione Penale, sez. III, sent./ord. 4.12.2012, n. 46833*)

Imposta di registro – Agevolazioni prima casa

Il contribuente può usufruire delle agevolazioni fiscali prima casa solo se effettivamente lavora nello stesso comune in cui è ubicato l'immobile e tutto ciò viene espressamente riportato nell'atto del notaio e dimostrato con la documentazione che attesti il possesso dei requisiti, a nulla valendo l'atto integrativo prodotto in un secondo momento all'ufficio del registro.

(*Cassazione Civile, sez. VI, ord. 4.12.2012, n. 21730*)

Reati tributari – Omesso versamento IVA

Finché permane in capo al reo l'indebito arricchimento derivante dall'azione illecita posta in essere, è legittimo mantenere il sequestro preventivo per equivalente. La funzione preminentemente sanzionatoria della confisca per equivalente nel contesto dei reati tributari, infatti, viene meno in esito al versamento dell'imposta evasa.

(*Cassazione Penale, sez. III, sent./ord. 3.12.2012, n. 46726*)

OSSERVATORIO COMUNITARIO

Sesta direttiva IVA – Nozione di “lavori di costruzione”

L'articolo 2, punto 1, della decisione 2004/290/CE del Consiglio, del 30 marzo 2004, che autorizza la Germania ad applicare una misura di deroga all'articolo 21 della sesta direttiva 77/388/CEE in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «lavori di costruzione» che compare in tale disposizione comprende, oltre alle prestazioni considerate prestazioni di servizi, come definite all'articolo 6, paragrafo 1, della sesta direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, come modificata dalla direttiva 2004/7/CE del Consiglio, del 20 gennaio 2004, anche

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

quelle che costituiscono cessioni di beni ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, di tale direttiva.

(Corte di Giustizia, sentenza 13.12.2012, causa C-395/11)

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl – Via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 – Telefax 02/58317598 – email: 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: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano, oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Vendita esclusiva per abbonamento.

Servizio Abbonamenti: per inform azioni 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 - Executive Chairman: Andrea Mattei - Deputy Chairman Digital: Gianalberto Zaponini.

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 ItaliaOggi Editori - Erinne 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 ItaliaOggi Editori - Erinne srl.