

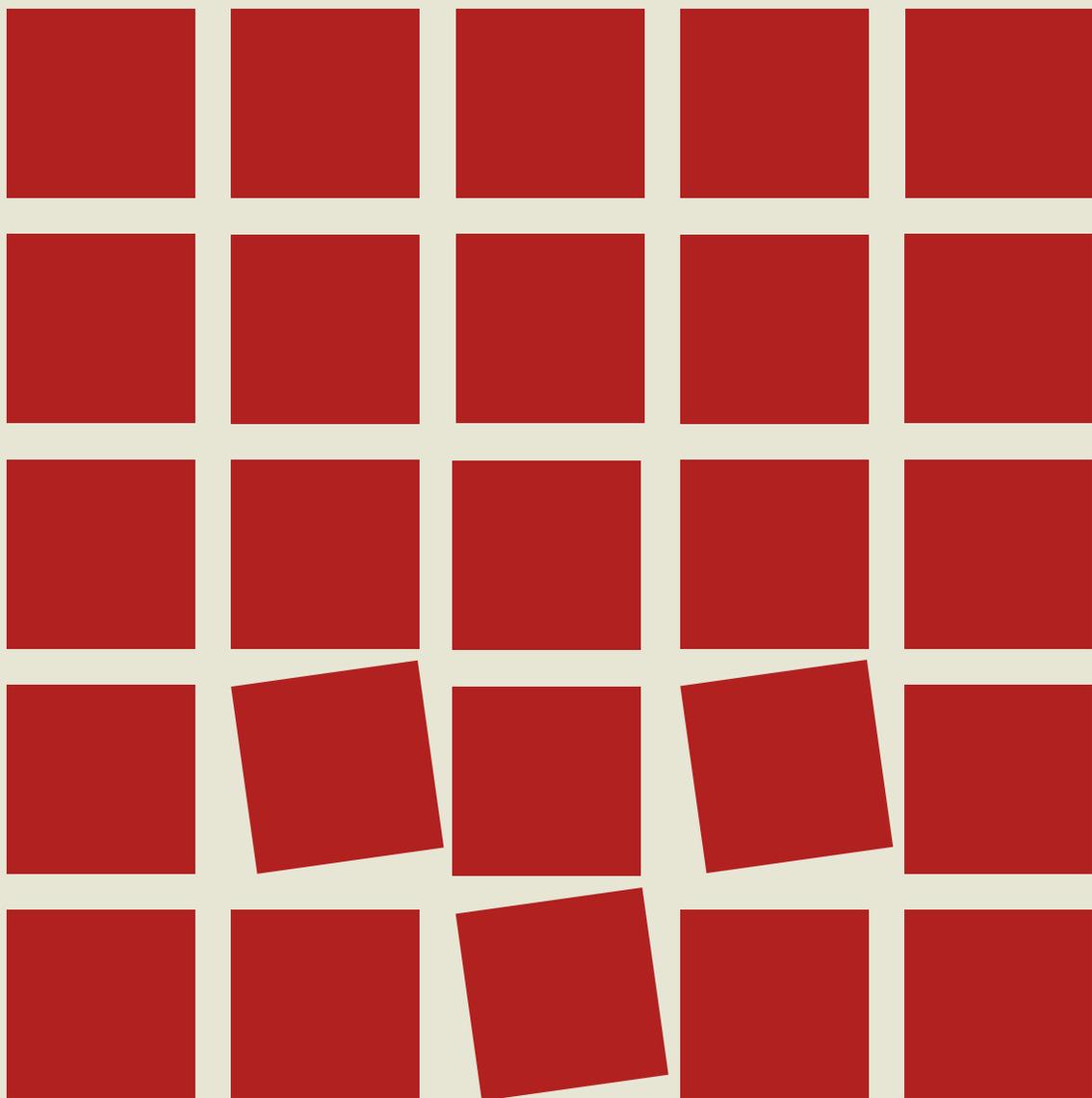
Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 9 – Num. 1
Giugno 2020



Edizioni
Ca'Foscari



e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche

Quaderni del Progetto Dottorale di Alta
Formazione in Scienze Giuridiche e del
Centro Studi Giuridici del Dipartimento
di Economia dell'Università Ca' Foscari
Venezia

Direttore
Alberto Urbani

Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing

Fondazione Università Ca' Foscari

Dorsoduro 3246, 30123 Venezia

URL <https://edizionicafoscari.unive.it/it/edizioni/riviste/ricerche-giuridiche/>

Ricerche giuridiche

Rivista semestrale

Direzione scientifica Nicolò Abriani (Università di Firenze, Italia) Christian Armbrüster (Freie Universität Berlin, Deutschland) Luigi Benvenuti Carmelita Camardi Francesco Caprigione (Università Guglielmo Marconi, Roma, Italia) Marcello Clarich (Università Luiss «G. Carli» di Roma, Italia) Lorenzo De Angelis Nina Dietz Legind (Syddansk Universitet, Danmark) María Ángeles Egusquiza Balmaseda (Universidad Pública de Navarra, España) Antoine Lyon-Caen (Université Paris Ouest, France) Arturo Maresca («La Sapienza» Università di Roma, Italia) Fabrizio Marrella Roger McCormick (London School of Economics, UK) Paolo Montalenti (Università degli Studi di Torino, Italia) Christoph G. Paulus (Humboldt Universität zu Berlin, Deutschland) Adalberto Perulli Johannes Michael Rainer (Universität Salzburg, Österreich) Masaki Sakuramoto (Tokyo University, Japan) Antonella Sciarrone Alibrandi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Marco Sepe (Unitelma Sapienza Università di Roma, Italia) Alessandro Somma (Università di Ferrara, Italia) Tiziano Treu (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Alberto Urbani Giuseppe Vettori (Università degli Studi di Firenze, Italia) Giuseppe Vettori (Università degli Studi di Firenze, Italia) Manfred Weiss (Universität Frankfurt, Deutschland)

Direttore responsabile Alberto Urbani

Comitato editoriale e di redazione Vania Brino Francesca Burigo Valentina Cagnin Cristina De Benetti Sara De Vido Claudia Irti Mariella Lamicela Bianca Longo Marco Mancini Giuliana Martina Andrea Minto (Università Ca' Foscari Venezia, Italia) Marco Olivi Andrea Pin Ilenia Rapisarda Roberto Senigaglia Gianluca Sicchiero Ilaria Supino (Università Luiss «G. Carli» di Roma, Italia) Marco Ticozzi Alessandro Zanardo Giuliano Zanchi Gaetano Zillo Grandi Andrea Zordi (Università degli Studi di Firenze, Italia)

Comitato scientifico Fabio Addis (Università di Brescia, Italia) Mads Andenas (Universitetet i Oslo, Norge) Antonella Antonucci (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Florence Benoit-Rohmer (EIUC, Venezia, Italia) Elisabetta Bergamini (Università di Udine, Italia) Massimo Bianca (Università di Trieste, Italia) Elena Bindi (Università di Siena, Italia) Antonio Blandini (Università di Napoli «Federico II», Italia) Laura Calafà (Università di Verona, Italia) Enrico Camilleri (Università di Palermo, Italia) Maria Teresa Carinci (Università di Milano, Italia) Carlo Cester (Università di Padova, Italia) Nis Jul Clausen (Syddansk Universitet, Danmark) Paolefios Corrias (Università di Cagliari, Italia) Ciro G. Corvese (Università di Siena, Italia) Alessandro D'Adda (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Raffaele De Luca Tamajo (Università di Napoli «Federico II», Italia) Francesco De Santis (Università di Salerno, Italia) Riccardo Del Punta (Università di Firenze, Italia) Leonardo Di Brina (Università «Guglielmo Marconi», Italia) Giovanni Di Rosa (Università di Catania, Italia) Giuseppe Fauceglia (Università di Salerno, Italia) Leonardo Ferrara (Università di Firenze, Italia) Giuseppe Ferri jr. (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Gianvito Giannelli (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Mauro Grondona (Università degli Studi di Genova, Italia) Delia La Rocca (Università di Catania, Italia) Valerio Lemma (Università «Guglielmo Marconi», Roma, Italia) Raffaele Lener (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Michele Loboano (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Pierpaolo Marano (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Alessandro Melchionda (Università di Trento, Italia) Cinzia Motti (Università di Foggia, Italia) Marco Olivetti (Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia) Ugo Patroni Griffi (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Paolo Patrono (Università di Verona, Italia) Andrea Pertici (Università di Pisa, Italia) Henry Peter (Université de Genève, Suisse) Giuseppe Piperata (Università IUAV di Venezia, Italia) Andrea Pisaneschi (Università di Siena, Italia) Nicola Pisani (Università di Teramo, Italia) Dianora Poletti (Università di Pisa, Italia) Oreste Pollicino (Università Commerciale L. Bocconi, Milano, Italia) Nicola Rondinone (LIUC Università Cattaneo, Castellanza) Ila Sabbatelli (Università Telematica Internazionale Uninettuno, Italia) Riccardo Salomone (Università di Trento, Italia) Franco Scarpelli (Università di Milano-Bicocca, Italia) Martin Schauer (Universität Wien, Austria) Francesco Seatzu (Università di Cagliari, Italia) Laura Tebano (Università di Napoli «Federico II», Italia) Paolo Tosi (Università di Trento, Italia) Vincenzo Troiano (Università di Perugia, Italia) Fernando Valdés Dal-Ré (Universidad Complutense de Madrid, España) Francesco Vella (Università di Bologna, Italia) Michele Vellano (Università della Valle D'Aosta, Italia) Lorenzo Zoppoli (Università di Napoli «Federico II», Italia) Stefano Zunarelli (Università di Bologna, Italia) **Ove non specificato, i nominativi indicati si intendono facenti riferimento, a vario titolo, all'Università Ca' Foscari Venezia, Italia**

Direzione e redazione Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia - San Giobbe - Cannaregio 873, Fondamenta San Giobbe, 30121 Venezia ricerchegiuridiche@unive.it

Valutazione dei contributi I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole:

1. La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza, ecc.).
2. Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.
3. La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.
4. In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. Ove invece dalle valutazioni emerge un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.
5. In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato dei contributi pubblicati.
6. La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgono gli atti di convegni.

Sommario

ARTICOLI

- Gli strumenti di pagamento e la ‘fiducia’:
dal cambio traietizio alla *blockchain***
Gabriella Gimigliano 7
- A Postmodern Account on Cultural Pluralism and Harmony
Comparing the Constitutional Experiences of Bolivia and Nepal**
Serena Baldin, Pasquale Viola 25

PAPERS

- Declinazioni nuove di problemi antichi: l’impatto
della digitalizzazione sul mercato del lavoro
e le perduranti incerte risposte del sistema
di sicurezza sociale**
Chiara Garbuio 53

OSSERVATORIO

- Attività bancarie accessorie, standard di diligenza
e presidi informativi a tutela dell’investitore
L’obbligo di *protective disclosure* nella promozione
dei diamanti da investimento**
Vincenzo Iaia 73



**In tema di prescrizione dell'azione di responsabilità
dei singoli soci o terzi verso gli amministratori di società
di capitali**

Francesco Butturini

101

**I criteri di quantificazione del danno nelle azioni
di responsabilità contro gli amministratori
ex art. 2486 c.c., con uno sguardo al codice
della crisi d'impresa e dell'insolvenza**

Sofia Mansoldo

131

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:
Elena Bellisario, Antonio Blandini, Fabio Bravo, Laura Calafà, Leonardo
Di Brina, Giuseppe Fauceglia, Laura Tebano, Francesco Vella.

Articoli

Gli strumenti di pagamento e la ‘fiducia’: dal cambio traiettizio alla *blockchain*

Gabriella Gimigliano

Ricercatrice di Diritto commerciale nell’Università degli Studi di Siena, Italia

Abstract This paper covers the means of payment other than money, such as negotiable instruments, credit transfers, direct debits, as well as virtual currencies, with a view to analysing the Italian framework through the lenses of the legal literature.

Keywords Negotiable instruments. Payment systems. Money. Blockchain. Bitcoin.

Sommario 1. Introduzione. – 2. Il sistema dei codici post-unitari: verso il superamento del modello del cambio traiettizio. – 3. La disciplina cambiaria: dal codice di commercio del 1882 alla disciplina generale dei titoli di credito. – 4. Dall’assegno bancario agli strumenti alternativi di pagamento: il ruolo dell’organizzazione in forma d’impresa. – 4.2. L’organizzazione-sistema di pagamento. – 5. L’ultimo miglio: la *blockchain* e le valute virtuali. – 6. Conclusioni.



Open access

© 2020 |  Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



Citation Gimigliano, G. (2020). “3Gli strumenti di pagamento e la ‘fiducia’: dal cambio traiettizio alla *blockchain*”. *Ricerche giuridiche*, 9(1), 7-24.

1 Introduzione

La teoria dei sistemi di pagamento individua nell'accettabilità universale e nell'attitudine ad imprimere definitività alle operazioni di scambio due tratti essenziali della moneta-mezzo di scambio. Questa nozione comprende ogni bene di natura reale o finanziaria che non esprime un flusso di utilità dirette per il creditore, «ma può essere speso di nuovo in una successiva tornata di scambi», sempre che la legge o l'uso protratto nel tempo abbiano attribuito al medesimo un'accettabilità universale¹.

Il passaggio dal mezzo di scambio-moneta a quello di strumento di pagamento è breve ma significativo. Secondo gli studi economici, gli strumenti di pagamento sono contraddistinti da una natura creditizia e, a loro volta, si distinguono dalle «procedure per la trasmissione della moneta» che, prive di qualsiasi elemento di natura creditizia, «rappresentano un insieme prestabilito di operazioni volte a trasferire fisicamente o contabilmente una certa quantità di moneta, ovvero a convertire un determinato mezzo di scambio in un altro di diversa natura»². Questa distinzione è invalsa anche negli studi giuridici, indicando i primi come strumenti sostitutivi e gli altri come strumenti alternativi di pagamento³.

Il presente studio si appunta sugli strumenti di pagamento, precisamente, su un tratto comune ad entrambe le tipologie richiamate: la c.d. «incompletezza del contratto monetario»⁴, che interessa l'incertezza sull'offerta futura degli emittenti lo strumento di pagamento e sulla domanda che sarà espressa dagli utilizzatori. Proprio questo profilo sollecita, secondo gli studi gius-economici, l'intervento di istituzioni e la posizione di regole a sostegno della fiducia del creditore e del debitore di un'obbligazione pecuniaria⁵.

Nei successivi paragrafi, si intende dar conto degli istituti giuridici che più di altri hanno caratterizzato il processo di costruzione della fiducia nello strumento di pagamento, sostitutivo o alternativo alla moneta, seguendo la declinazione del dibattito dottrinale dalla lettera di cambio alla blockchain nelle valute virtuali. L'analisi esamina la difficile ricerca di un equilibrio tra l'esigenza di lasciare spa-

¹ GIANNINI, *L'evoluzione del sistema dei pagamenti*, in *Moneta e Credito*, 1988, n. 41, pp. 187-214.

² GIANNINI, *op. cit.*, p. 190.

³ Mentre la cambiale e l'assegno sono considerati strumenti sostitutivi della moneta, il bonifico, l'addebito diretto o al meccanismo di trasferimento tramite scritturazioni contabili, che eviti la consegna di banconote e contanti, sono considerati strumenti alternativi di pagamento. Cfr. Di Majo A., *Pagamento* (voce), in *Enc. del dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 558 ss.

⁴ GIANNINI, *L'età delle banche centrali*, Bologna, 2004, p. 32 ss.

⁵ GIANNINI, *ibidem*.

zio allo sviluppo della tecnologia dei pagamenti e all'esercizio dell'autonomia negoziale da un canto, e il principio di certezza dei traffici giuridici e del corretto funzionamento del mercato e del sistema dei pagamenti dall'altro.

2 Il sistema dei codici post-unitari: verso il superamento del modello del cambio traiettizio

Le Goff individua nella lettera di cambio la risposta dei mercanti alla crescita del fabbisogno monetario quando, dal XII secolo, lo sviluppo del commercio ha accresciuto la domanda di moneta, a fronte di un'offerta rigida, nel contesto di una forte frammentazione monetaria. Così la lettera di cambio fa sintesi della funzione di cambio e di credito anche se, ben presto, la funzione monetaria cederà il passo a quella creditizia che consente di aggirare il divieto di usure⁶.

Di entrambe le funzioni reca il segno il Titolo IX del codice civile del 1865 che disciplina la lettera di cambio e il biglietto all'ordine, rispettivamente come un ordine di pagamento e una promessa di pagamento.

Con la lettera di cambio è impartito l'ordine di pagare una somma determinata in un luogo diverso da quello di emissione. La dottrina non sembra nutrire dubbi che la lettera di cambio sia un documento probatorio del contratto di cambio⁷, contratto che assolve ad una funzione di trasporto o, meglio, di trasferimento del denaro, con il pagamento della somma indicata sul titolo, nella valuta del luogo di destinazione, eventualmente con accredito in conto⁸.

La fiducia riposa nella natura di titolo formale⁹ della lettera di cambio. Secondo la teorica cambiaria, prima, e il dato positivo, poi, è essenziale, per la sua stessa validità, che sia pagabile su una piazza diversa da quella di emissione, che indichi il rapporto causale per il quale il titolo è stato emesso, così come la provvista intesa come «il valore somministrato in moneta, merci, in conto o in qualunque altro modo»¹⁰.

Ma un ruolo fondamentale è anche svolto dalla provvista. Il traente deve eseguire la provvista presso il trattario, se non al momento dell'emissione, quanto meno prima che la lettera sia presentata per l'accettazione: «vi è provvista di fondi, se alla scadenza della lettera di cambio quello su cui fu tratta è debitore verso il traente, o di colui

⁶ LE GOFF, *Lo sterco del diavolo. Il denaro nel medioevo*, Roma-Bari, 2010, p. 120 ss.

⁷ Art. 238 ss. cod. comm. 1865.

⁸ SUPINO, *Della cambiale e dell'assegno bancario. Commento*, Torino, 1923, p. 6 ss.

⁹ Artt. 196 e 198 cod. comm. 1865.

¹⁰ SUPINO, *op. cit.*, p. 5.

per conto del quale essa fu tratta, di somma almeno eguale a quella portata dalla lettera di cambio»¹¹. L'«accettazione suppone la provvista», è scritto nel codice, cosicché l'apposizione della dichiarazione di accettazione sul titolo da parte del trattario suona come prova per il possessore e i giranti dell'affidabilità del titolo stesso¹². La provvista, però, è tanto più importante perché il titolo è destinato alla circolazione. Un altro dei requisiti essenziali di forma, infatti, è la «clausola all'ordine», segnando in maniera definitiva il superamento della fase storica nella quale le cambiali erano pagabili soltanto al primo prenditore ovvero non era consentito girarle più di una volta, come riferisce Supino richiamandosi ad una Prammatica Napoletana del 1607. Proprio in virtù di questo passaggio, la lettera di cambio «oltre a servire [...] al trasporto del danaro da luogo a luogo, [...] era divenuta un surrogato del danaro, e un istrumento di credito»¹³.

La fiducia del portatore della lettera di cambio è corroborata anche dal numero degli obbligati. Infatti, la traenza di una lettera di cambio non modifica il lato passivo del rapporto obbligatorio, se non aumentando il numero degli obbligati, tanti quanti sono i firmatari della cambiale. I giranti non possono opporsi al pagamento del titolo, salvo il caso di fallimento del possessore o di perdita della lettera ad opera del medesimo¹⁴; non possono sollevare al possessore «le eccezioni che riguardano la persona de' suoi cedenti»¹⁵: a tutela del creditore cambiario, lo stesso art. 234, cod. comm. del 1865, stabiliva che se le eccezioni personali richiedessero indagini più lunghe ed elaborate, «la discussione ne è rimandata in prosecuzione di giudizio, e intanto non viene ritardata la condanna al pagamento, con cauzione o senza secondo il prudente criterio del giudice». Infine, i giranti, se notificati del protesto per mancata accettazione, sono obbligati ad assicurare, in aggiunta al traente, il pagamento del titolo alla scadenza, con apposita fideiussione¹⁶.

Questa disciplina di favore per il creditore cambiario è temperata dalla tutela dell'affidamento del possessore di cui all'art. 1242 c.c. del 1865, che riconosceva la validità del pagamento eseguito dal debitore in buona fede «a chi si trovava nel possesso del credito», nonostante il possessore avesse successivamente subito l'evi-

¹¹ Ex art. 202. «La provvista dei fondi deve essere fatta dal traente o da quello per conto del quale la lettera di cambio è tratta, senza che per conto altrui cessi di essere personalmente obbligato» (art. 201 cod. comm. 1865).

¹² Art. 256 cod. comm. 1865.

¹³ SUPINO, *op. cit.*, p. 4.

¹⁴ Artt. 222 ss. cod. comm. 1865.

¹⁵ Art. 234 ss. cod. comm., 1865.

¹⁶ Questa norma si applicava anche al traente. Si rinvia a: art. 207 cod. comm. 1865.

zione del titolo¹⁷.

3 La disciplina cambiaria: dal codice di commercio del 1882 alla disciplina generale dei titoli di credito

Il quadro di riferimento disegnato dai codici post-unitari è destinato a cambiare nel giro di pochi anni per effetto della diversa fisionomia assunta dal sistema socio-economico italiano¹⁸. Non si pone più un problema di supplire alle insidie che il trasporto dei valori, via terra o via mare, può sollevare, quanto di «facilitare le transazioni commerciali, surrogando alla moneta titoli d'infalibile efficacia, liberamente e rapidamente circolabili di mano in mano, senza nulla perdere, anzi con progressivo incremento della speciale potenza del loro credito in pro del possessore, e contro le persone obbligate»¹⁹. A conferma di questo cambiamento il codice di commercio del 1882, modificando l'omologo del 1865, non contempla più tra i requisiti essenziali della dichiarazione cambiaria la *distantia loci*, creando una cesura con la funzione traiettizia della lettera di cambio²⁰.

Per ogni altro aspetto, il codice di commercio del 1882 si muove in continuità con la precedente esperienza e non differisce nelle sue linee generali dalla disciplina internazionale posta nella Convenzione di Ginevra del 1913 e, pertanto, nella disciplina vigente²¹.

Anche nel codice di commercio del 1882 la cambiale rappresenta un ordine o una promessa di pagamento²², ma ne sono accentuati i tratti giuridici che rispondono alle esigenze di mobilitazione del credito, per saldare il liberalismo politico con quello economico. Ad esempio, la clausola "all'ordine" non è più menzionata tra i requisiti essenziali di forma perché il credito cambiario è ormai considerato, per sua natura, destinato alla circolazione all'ordine del beneficiario (che poteva essere lo stesso traente)²³. Si deve proprio alla

¹⁷ In questo caso si trattava di un possesso qualificato dalla continuità delle girate, ma è un aspetto sul quale la disciplina del codice di commercio non si sofferma in modo particolare.

¹⁸ GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, Roma-Bari, 2005, p. 58 ss.

¹⁹ Quanto alle situazioni-tipo alle quali Supino si riferisce per evidenziare l'inadeguatezza del cod. comm. 1865: SUPINO, *op. cit.*, p. 5.

²⁰ PAVONE LA ROSA, *Lineamenti della recente evoluzione della cambiale: dal codice di commercio del 1882 alla vigente legge cambiaria, in 1882-1982 Cento anni dal codice di commercio, Quaderni di Giur. comm.*, n. 54, Milano, 1984, pp. 129-149.

²¹ SUPINO, *op. cit.*, p. 438 ss.; PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, p. 138 ss.

²² Art. 339 ss. cod. comm. 1882.

²³ Un ampio commento in: SUPINO, *op. cit.*, p. 66 ss.

trasferibilità tramite girata, all'«astrattezza» e all'indipendenza reciproca delle obbligazioni cartolari, l'attitudine a rafforzare la funzione creditizia della cambiale che sarà assolta, per lungo tempo, insieme all'altra di pagamento, nelle operazioni economiche nazionali ed internazionali²⁴.

In questo quadro giuridico, suscita particolare interesse il problema dell'inquadramento della diversa posizione dell'autore del titolo nella relazione con il primo prenditore o il proprio, immediato, giratario da un lato, e con i successivi portatori del titolo dall'altro. Il dibattito assume un respiro internazionale²⁵. Quando si accende il confronto in Italia, le voci²⁶ che si levano più in alto sono quelle di Vivante e di Bonelli, che riflettono sul fondamento giuridico e sui limiti dell'obiettivizzazione del credito nei rapporti tra l'autore del titolo e i portatori diversi dal primo prenditore. Entrambi manifestano una certa resistenza ad applicare le categorie tipiche dei beni mobili²⁷.

Esaminando la fonte dell'obbligazione cambiaria, Vivante individua un fondamento contrattuale nel rapporto con il primo prenditore e un fondamento unilaterale nel rapporto tra il traente o l'emittente e i portatori del titolo diversi dal primo prenditore. Infatti, nel primo caso, l'emissione del titolo di credito «non è che un documento parziale di rapporti più complessi, p.es. di vendita, di mutuo, di conto corrente; questi rapporti possono ridurre e persino escludere il credito cambiario»; nel secondo, consta un fondamento unilaterale (i.e., dichiarazione unilaterale) nel rapporto tra il traente/emittente e i portatori del titolo successivi al primo prenditore. Tanto basterebbe a spiegare il diverso regime delle eccezioni: l'obbligazione cambiaria è legata alla causa per la quale è sorta soltanto finché rimane tra le parti del contratto medesimo; nei rapporti con i successivi portatori, il tenore letterale della promessa rappresentata sul titolo è decisivo: determina la misura dell'obbligazione perché prevalgono

²⁴ PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, p. 146 ss.

²⁵ Questo dibattito interpreta una fase generale di revisione del diritto cambiario, al punto che in Germania prende forma un vero e proprio movimento per la riforma del diritto cambiario, che poi porterà alla legge cambiaria tedesca del 1848, assunta generalmente a modello, anche nel Regno d'Italia. SUPINO, *op. cit.*, p. 6 ss.

²⁶ Una sintesi dei termini del confronto tra Bonelli e Vivante in: ARCANGELI, *La teoria dei titoli di credito nell'opera di Gustavo Bonelli*, in *Dir. fall.*, 1928, pp. 9-20. Più in generale sulla contrapposizione tra i fautori delle teorie unilaterali e delle teorie contrattualistiche: BRUSCHETTINI, *Trattato dei titoli al portatore*, *op. cit.*, p. 233 ss.

²⁷ L'art 57 cod. comm. 1882 applica la regola del possesso vale titolo con riferimento ai titoli al portatore disponendo che «la rivendicazione dei titoli al portatore smarriti o rubati è ammessa soltanto contro colui che li ha trovati o rubati e contro coloro che li hanno ricevuti per qualunque titolo, conoscendo il vizio della causa del possesso». Secondo Bruschetini, si coglie una generale sottovalutazione del fenomeno "titoli al portatore" e, in senso lato, dei beni mobili da parte dei codificatori: BRUSCHETTINI, *op. cit.*, p. 160 s.

le regioni del possessore di buona fede²⁸.

Al contrario, secondo Bonelli, la fonte dell'obbligazione cartolare è la dichiarazione unilaterale scritta sul documento che, in quanto non ritrattabile, è immediatamente vincolante per il debitore, che potrà essere individuato fin dall'inizio della circolazione del titolo, nonostante il vincolo giuridico non sia ancora "attivo". Il debitore non sa ancora verso chi dovrà assolvere quell'impegno, aspetto che si definirà solo con la «fine della circolazione»²⁹. Così il titolo, circolante per definizione³⁰, è contraddistinto dalla letteralità³¹ e dall'obiettivizzazione del credito. Al riguardo, il ragionamento del Bonelli è suggestivo: «il diritto alla prestazione enunciata nel titolo, cioè il credito, o quello che formalmente si presenta come tale, non si confonde con nessuno dei patrimoni attraverso cui passa, restando, per così dire, un elemento patrimoniale galleggiante al di sopra degli altri e trasportato, col veicolo del titolo, di patrimonio in patrimonio, rimanendo sempre integro ed inalterato di fronte al debitore»³².

Gli scritti di Bonelli e Vivante richiamati risalgono al primo ventennio del Novecento. Solo in seguito, il principio del *possessione vale titolo* è stato tematizzato con più chiarezza, come criterio trasmissivo della proprietà dei titoli di credito, sollevando poi la questione della differenza tra titolarità e legittimazione del credito cartolare³³. Paradigmatica è la disputa, risalente agli anni Trenta, tra Ascarelli e Messineo. Entrambi fanno ricorso al concetto di diritto ambulatorio o *propter rem* per inquadrare il diritto cartolare, ponendosi domande analoghe nell'interpretazione del concetto in esame, ma raggiungendo conclusioni differenti, in un confronto a distanza animato da una sottile polemica.

28 VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1901, IV, Parte I, p. 3 ss.; ID., *Natura dell'obbligazione assunta sottoscrivendo un titolo di credito*, cit., p. 14.

29 BONELLI, *Appunti sulla natura giuridica dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, I, p. 513 ss.

30 BONELLI, *op. cit.*, p. 516.

31 In ragione della letteralità, il credito sarà anche astratto: «la scrittura sostituisce la causa del rapporto d'obbligazione», scrive l'Autore.

32 BONELLI, *ibidem*. L'Autore distingue tra eccezioni generali ed eccezioni personali; una distinzione analoga anche in: VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *op. cit.*, p. 234 ss.

33 ASCARELLI, *Obblighi giuridici commerciali, titoli di credito, cambiale, assegni*, Roma, 1932; ID., *Titolarità e costituzione del diritto cartolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 509 ss.; ID., *La letteralità nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 237 ss.; MESSINEO, *I titoli di credito*, Padova, voll. I-II, 1933; CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933; MENGONI, *La regola "possessione vale titolo" nella circolazione dei titoli di credito e i rapporti fra l'art. 1994 e l'art. 1153 c.c.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1949, I, p. 12 ss.; BIGIARI, *Il trasferimento di titoli di credito*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, III, 1947, pp. 267-317; FERRI, *Titoli di credito*, Torino, 1965; PELLIZZI, *Studi sui titoli di credito*, Padova, 1960; ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova, 1966.

Ascarelli³⁴, per spiegare l'autonomia del diritto cartolare rispetto ai successivi portatori del documento, sostiene l'associazione costante tra la titolarità del diritto e il rapporto di natura reale con il documento. Messineo, invece, rivisitando la teoria della pendenza³⁵, conclude che chi acquista un titolo di credito prima della scadenza, acquista senza dubbio il possesso del documento (una *res*)³⁶ e, con esso, la facoltà di divenire creditore alla scadenza, una «facoltà antecedente alla facoltà di esigere» che funge da presupposto per l'acquisto del diritto di credito incorporato nel titolo.

Dopo l'entrata in vigore dell'art. 1994 del codice civile del '42, la questione sembra chiusa. Tuttavia, trapela, ancora, tra le pieghe del dibattito dottrinale, la delicata dialettica tra possesso e proprietà. Secondo Asquini, ad esempio, la legittimazione cartolare indica «il potere di esercitare il diritto cartolare e di disporne, fondato sulle forme esteriori del possesso stabilite dalla legge», di modo che il possesso è assunto come condizione necessaria e sufficiente per l'esercizio del diritto stesso, anche con il sacrificio della posizione del titolare del diritto rispetto a chi risulta soltanto legittimato. Scrive l'Autore, «tale sacrificio è il prezzo che l'interesse individuale paga all'interesse collettivo» in ragione dei vantaggi che lo strumento-titolo di credito rende al sistema di circolazione dei diritti³⁷. Al contrario, Pellizzi considera la presunzione relativa di titolarità come l'unico effetto della legittimazione cartolare, escludendo che il possesso qualificato attribuisca «al legittimato *in quanto tale* un diritto o un potere che questi già di per sé non abbia», una posizione giuridica soggettiva di valenza autonoma, una «quasi-titolarità» che alla titolarità è contrapposta³⁸.

Dal Vivante al Bonelli, dal Pellizzi all'Asquini, le riflessioni giuridiche richiamate si collocano nell'arco del primo sessantennio del Novecento. Le posizioni di questi Autori su proprietà e possesso qualificato, titolarità e legittimazione, sono la spia di un certo "disagio" che gli studi giuridici ancora avvertono nell'inquadramento della ricchezza mobiliare, nonostante la fisionomia assunta dal sistema bancario negli anni Ottanta del XIX secolo. Infatti, è sperimentato il mo-

34 In questi termini, secondo Ascarelli, l'art. 332 cod. comm. 1882, per la cambiale ed i titoli all'ordine, l'art. 57 cod. comm. 1882, così come l'art. 7 r.d. 1923 sui titoli nominativi, che consentivano di concludere che il possesso di buona fede della cosa mobile - e quindi anche del titolo di credito -, che non fosse andata smarrita o distrutta, «vale titolo, sì che viene sanata l'eventuale mancanza di un titolo di acquisto e pertanto è valido l'acquisto *a non domino*». ASCARELLI, *Obblighi giuridici*, cit., p. 193 ss.

35 La teoria della pendenza era già nota per gli studi di Jhering, su tutti, ed in Italia, Bonelli. Cfr. MESSINEO, *I titoli di credito*, II, cit., p. 22 ss.

36 MESSINEO, *op. ult. cit.*, p. 29 s.

37 ASQUINI, *Titoli di credito*, cit., p. 45 ss.

38 PELLIZZI, *Studi sui titoli di credito*, cit., p. 42 ss.

dello delle banche di credito mobiliare, che raccolgono il risparmio tra il pubblico prevalentemente attraverso l'emissione di azioni, ed è introdotta dalla legge bancaria del '36-38 (artt. 2 e 45) ha la nozione di valore mobiliare.

L'opinione prevalente in dottrina stabilisce una vera e propria endiadi tra valori mobiliari e titoli di credito di massa, almeno fino agli anni Settanta³⁹, cambiando gli scenari del processo di costruzione della fiducia. Il processo infatti si sdoppia: al piano dei rapporti inter-privati si aggiunge l'altro dell'equilibrio del mercato. Quanto al primo dei due profili, Ascarelli, considerando i titoli di investimento innominati come titoli di credito di massa, rimarca l'inadeguatezza della disciplina codicistica: nei «titoli di massa [...] alla unicità (nei riguardi di tutti i titoli della stessa serie) dell'atto di creazione si contrappone la molteplicità ed individualità delle emissioni (e viene anche perciò accentuato il rilievo della distinzione tra creazione e emissione). Perciò si presentano nei titoli di massa problemi che derivano da questa contrapposizione, problemi che difficilmente possono essere rigorosamente inquadrati nell'art. 1993 o 1994»⁴⁰. Il secondo profilo, che travalica l'oggetto principale di questa analisi, rimanda al sistema dei controlli sull'emissione dei titoli atipici che, tra gli anni Trenta ed i Cinquanta, sono caratterizzati dal progressivo affievolimento della logica di direzione e programmazione dell'economia, per lasciare spazio ai controlli di stabilità, di breve e lungo periodo, sul mercato dei capitali, dei quali indirettamente si giova il possessore del titolo⁴¹. Giusto per concludere, è opportuno ricordare che con gli anni Settanta si è assistito ad un altro cambiamento di scenario: al superamento dell'endiadi tra valore mobiliare e titoli di credito di massa⁴², alla costituzione della Consob e, di lì a poco, all'avvio di un processo di armonizzazione europea che promuoverà la concorrenza sulle e tra le sedi di scambio⁴³.

39 Tuttavia, si è discusso a lungo sul perimetro del concetto di valore mobiliare: se comprendesse soltanto i titoli di credito di massa o anche le divise e le merci. La dottrina dominante accedeva alla prima delle due opzioni interpretative, sollevando, a cascata, un diverso interrogativo, se comprendere nella nozione di valore mobiliare solo i titoli di massa destinati alla negoziazione sui mercati regolamentati. *Amplius*, CHIONNA, *Le origini della nozione di valore mobiliare*, in *Riv. Soc.*, 1999, p. 831 ss.

40 ASCARELLI, *Sul concetto di titolo di credito*, in *Banca e borsa*, 1954, I, p. 367 ss., partic. p. 384.

41 CARBONETTI, *La nuova disciplina dell'autorizzazione alla emissione di azioni e obbligazioni*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 483 ss.; PORZIO, *I valori mobiliari tra Banca d'Italia e CO.N.S.O.B.*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1987, p. 377 ss. (ripubblicato in PORZIO, *Orme nella neve. Scritti brevi di diritto commerciale e bancario*, Milano 2006, p. 129).

42 CHIONNA, *Le origini della nozione di valore mobiliare, passim*.

43 Per un inquadramento evolutivo di sintesi, cfr. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2019.

4 **Dall'assegno bancario agli strumenti alternativi di pagamento: il ruolo dell'organizzazione in forma d'impresa**

La funzione di pagamento della cambiale è raccolta e sviluppata dall'assegno bancario che, con la prima, condivide l'origine tardo-medioevale e un'evoluzione più o meno in parallelo⁴⁴.

Il codice di commercio del 1882, infatti, disciplina anche l'assegno bancario come un titolo di credito cambiario, che la dottrina inquadra come una delegazione di pagamento non novativa⁴⁵. Il legislatore del tempo persegue una duplice priorità: sostenere la fiducia del prenditore nell'assegno bancario presidiando la sua funzione di mezzo di pagamento. A questo scopo il codice di commercio del 1882 pone norme penali e fiscali, dirette a contenere il rischio che l'assegno bancario divenga di fatto uno strumento di credito. Al contempo, non esclude la validità di una serie di clausole facoltative, elaborate nella pratica degli affari per contenere i rischi di smarrimento, sottrazione o contraffazione del titolo. Si tratta, ad esempio, dell'assegno sbarrato o dei *traveller's cheques*, ma anche dei c.d. «assegni limitati» che non possono essere tratti dal cliente per un importo superiore a quello indicato sul carnet. L'importo in questione corrisponde al deposito previamente fatto dal cliente, «pertanto chi riceve detti assegni ha in via indiretta la sicurezza che essi sono stati tratti con una provvista sufficiente e che pertanto saranno onorati dal trattario». Questa è nel sistema italiano la soluzione più prossima alla certificazione americana, che non era consentita perché sarebbe stata indistinguibile da un'accettazione del trattario⁴⁶.

Con la convenzione di Ginevra del 1913, recepita con il r.d.l. 24 agosto 1933, n. 1077⁴⁷, sono apportate una serie di modifiche alla disciplina codicistica che, tra le altre cose, accentuano il ruolo del banchiere. Infatti, mentre nel codice di commercio del 1882 l'assegno bancario può essere tratto su un commerciante o su un banchiere, per effetto della convenzione di Ginevra il trattario poteva essere solo un banchiere, in ragione del servizio di cassa professionalmente svolto. Tanto giustifica, tra l'altro, l'assunzione di responsabilità in

⁴⁴ Per un inquadramento storico si rinvia a: MICHELI, DE MARCHI, *Assegno bancario* (voce), in *Enc. Dir.*, 1958, III.

⁴⁵ ASCARELLI, *Obblighi giuridici, titoli di credito, cambiale, assegno*, Roma 1932, p. 455 ss.

⁴⁶ ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 478 s.

⁴⁷ Le convenzioni di Ginevra sono state recepite in Italia con il r.d.l. menzionato nel testo e questa legislazione uniforme ha conferito delega legislativa per emanare successivamente il r.d. 21 dicembre 1933 n. 1736 che rappresenta tutt'ora la legislazione in vigore e nella quale la disciplina dell'assegno bancario è unita a quello dell'assegno circolare. Cfr. MICHELI, DE MARCHI, *Assegno bancario* (voce), *passim*.

caso di furto o smarrimento o contraffazione⁴⁸.

Tuttavia, in quegli anni, è la fragilità dell'impresa bancaria il vero limite al «popolarizzarsi» dell'assegno bancario, per usare le parole del Mossa. Basti ricordare che l'ultimo scorcio del XIX secolo è caratterizzato da crisi generalizzate degli operatori bancari. Si deve al crollo della Società Bancaria Italiana nel 1907 e della Banca Italiana di Sconto nel 1921, lo slancio impresso ad "un vero e proprio movimento per uno statuto speciale dell'impresa bancaria", movimento che sfocia nei provvedimenti per la tutela del risparmio del 1926⁴⁹.

La legge bancaria del '26 presta particolare attenzione alle banche che raccolgono depositi: secondo la filosofia della riforma «la tutela dei risparmiatori passa per un controllo pubblico sulla gestione delle singole banche», che implica un'autorizzazione all'accesso, ma anche l'osservanza di obblighi di comportamento nella raccolta dei depositi e nell'esercizio del credito⁵⁰. Nei decenni successivi, più e più volte la garanzia pubblica interviene per fugare i dubbi sull'affidabilità del banchiere. Lo strumentario giuridico è cambiato, in ragione del clima politico, ma l'obiettivo è rimasto pressoché costante. Ad esempio, con la legge bancaria del '36-38, la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito sono qualificate come funzioni di interesse pubblico, e il contesto fortemente interventista ha privilegiato regole sulla struttura e sul comportamento delle banche, ma anche «un esercizio delle attività private delle Banca d'Italia al servizio delle sue funzioni pubbliche»⁵¹. Sin dal settembre 1974, il Decreto Sindona si è rivelato uno strumento duttile di salvataggio, mai abrogato neppure con l'istituzione del meccanismo di garanzia dei depositi. Ad esso si farà ricorso fin nella metà degli anni novanta, quando con il salvataggio del Banco di Napoli, il decreto Sindona è riconfermato nella sua attualità e legittimità, estendendone l'ambito di applicazione alla banca che ha subito la perdita (e non soltanto alle banche che sono intervenute nel salvataggio)⁵². Cosa è cambiato con l'Unione bancaria? Gli elementi di valutazione non sono univoci, come è stato evidenziato in dottrina⁵³. Da un lato consta il riconoscimento dell'esercizio dell'attività bancaria come diritto di iniziativa economica in un mercato concorrenziale e dall'altro sono consentite profonde compressioni dell'autonomia statutaria per garantire l'obiettivo

⁴⁸ ASCARELLI, *Obblighi giuridici, titoli di credito, cambiale, assegno, passim*.

⁴⁹ COSTI, *L'ordinamento bancario*⁵, Bologna, 1986, p. 38 ss.

⁵⁰ PORZIO, *Le imprese bancarie*, Torino, 2007, p. 20 ss.

⁵¹ PORZIO, *Le orme nella neve*, Milano, 2006, p. 279 ss. (già pubblicato in *Dir. banca merc. fin.*, 1999, I, p. 205).

⁵² PORZIO, *Le orme nella neve*, cit., p. 282.

⁵³ NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 181 ss.

prioritario della «continuità delle funzioni essenziali» dell'intermediario, subordinando l'aiuto dello Stato all'accettazione di meccanismi di condivisione delle perdite come il *bail-in* ed il *burden sharing*⁵⁴.

Il discorso svolto finora si appunta sulla centralità della funzione monetaria delle banche. Tuttavia, l'evoluzione del mercato e il processo di armonizzazione europea hanno promosso strumenti alternativi di pagamento (rispetto all'assegno bancario), come i bonifici, gli assegni o i prodotti di moneta elettronica, sollecitando l'ingresso sul mercato di intermediari finanziari non bancari specializzati nella prestazione dell'uno o dell'altro servizio di pagamento. Vengono così in esame gli istituti di pagamento o gli istituti di moneta elettronica, l'affidabilità dei quali è presidiata in maniera creativa. Infatti, le disponibilità a vista immagazzinate nella memoria elettronica così come quelle accreditate sul conto di pagamento mimano le funzioni economiche tipiche della moneta bancaria, ma giuridicamente se ne distinguono perché non mettono in moto un meccanismo moltiplicativo. Proprio questo tratto caratterizzante ha indotto il legislatore europeo a semplificare le forme di garanzia pubblica, privilegiando strumenti giuridici che consentono l'isolamento finanziario dei fondi detenuti per conto del cliente, rispetto ai fondi propri dell'intermediario e i fondi degli altri clienti, ad esempio mediante l'investimento dei medesimi in titoli affidabili o ricorrendo a forme di copertura assicurativa⁵⁵.

4.1 L'organizzazione-sistema di pagamento

Fin dagli inizi degli anni Novanta, l'organizzazione-sistema di pagamento è divenuta presso la dottrina italiana una chiave di lettura e di ricostruzione del rapporto banca-cliente nella prestazione del servizio di pagamento.

In quegli anni, infatti, Santoro appunta la sua attenzione sul sistema dei pagamenti come «sistema di relazioni commerciali complesso finalizzato alla facilitazione dei pagamenti», al quale solo le banche (o alcune di esse) sono autorizzate a partecipare. Con questa premessa, superata la configurazione della prestazione di servizi di pagamento secondo lo schema del mandato, la considera «oggetto di una autonoma categoria di contratti nei quali la prestazione dell'intermediario appare ormai rigidamente ancorata a standard operati-

⁵⁴ MECATTI, *Gli aiuti di Stato alle banche in crisi: note introduttive*, in *Studi Senesi*, 2018, pp. 416-424.

⁵⁵ Art. 5 dir. 2000/46/CE; art. 9 dir. 2007/64/CE; art. 10 dir. 2015/2366/UE.

vi che ne definiscono i contenuti essenziali»⁵⁶.

Qualche anno più tardi, Sciarrone Alibrandi conclude che la formazione del saldo bilaterale tra banca dell'ordinante e banca del beneficiario, in sede di esecuzione dell'accordo di riscontro, individua il momento in cui la banca dell'ordinante è liberata nei confronti del proprio mandante⁵⁷. Ritornando sull'argomento in occasione della sentenza della Corte di giustizia "01051 Telecom"⁵⁸, l'Autrice, osservando la «scarsa cura» che il diritto vivente presta all'operatività del sistema dei pagamenti, ribadirà le proprie conclusioni: «la conformazione data dalla PSD ai mezzi di pagamento alternativi [...] importa che l'obbligazione pecuniaria non si debba ritenere estinta con la concreta messa a disposizione della somma (l'accredito del conto del beneficiario, se v'è conto), bensì in un momento logicamente (e, nel caso, anche temporalmente) distinto: al momento in cui l'importo è trasferito dal prestatore del pagatore a quello del beneficiario»⁵⁹.

Manca ancora una fase di riflessione condivisa a livello europeo, che chiarisca il ruolo concettuale dell'organizzazione-sistema di pagamento, così come la portata regolatoria diretta ed indiretta nell'interpretazione del rapporto cliente-intermediario e delle vicende estintive dell'obbligazione pecuniaria.

5 L'ultimo miglio: la *blockchain* e le valute virtuali

L'analisi svolta ha evidenziato come la fiducia nello strumento sostitutivo o alternativo di pagamento si giochi nell'appropriato bilanciamento tra garanzia pubblica - della stabilità dell'intermediario, del buon funzionamento del sistema di pagamento, della certezza delle regole applicabili - e autonomia privata, in grado di sollecitare sviluppo tecnologico e nuove prassi di mercato.

In questo quadro, l'ultima sfida è rappresentata dalle valute virtuali o crypto-valute⁶⁰ - mezzo di scambio e unità di conto allo stes-

⁵⁶ SANTORO, *Il conto corrente. Artt. 1852-1857*, Milano 1992, p. 20 ss. L'Autore tornerà su queste conclusioni qualche anno più tardi: SANTORO, *L'efficacia solutoria dei pagamenti tramite intermediari*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti*, a cura di Carriero, Santoro, Milano 2005, pp. 65-107.

⁵⁷ In questi termini: SCIARRONE ALIBRANDI, *I bonifici transfrontalieri dalla direttiva 97/5/CE al d.lgs. 28 luglio 2000*, n. 253, Milano, 1997, p. 749 ss. *Contra*: OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, Milano, 2002.

⁵⁸ Corte di giustizia, 3 aprile 2008, causa c-306/06.

⁵⁹ SCIARRONE ALIBRANDI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria tra diritto vivente e portata regolatoria indiretta della Payment Service Directive 2007/64/CE*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 63, Roma, p. 61 ss.

⁶⁰ Manca una definizione di valenza generale. Secondo la definizione offerta dalla disciplina antiriciclaggio - termine di riferimento privilegiato in questo caso - le valute virtuali sono «una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da

so tempo –, che non consentono la pura e semplice applicazione della disciplina legislativa vigente perché né la loro emissione né la loro circolazione dipendono dalle banche centrali o dalle banche commerciali.

Tra le diverse forme di valute virtuali, sono di maggiore interesse quelle che presentano un collegamento stabile con l'economia reale. Sono tali i *bitcoin* e le altre valute virtuali contraddistinte da un flusso bi-direzionale⁶¹, che sono creati e trasferiti mediante una *blockchain permissionless* o aperta⁶².

Gli studi economici descrivono la *blockchain* – un'applicazione della *Decentralized Ledger Technology* (DLT) – come un meccanismo di formazione del consenso⁶³, che affida alla crittografia il ruolo tipicamente svolto dalla controparte centrale, sia essa una banca centrale o una stanza di compensazione e regolamento. Nel *bitcoin*, la *blockchain* è di tipo pubblico o *permissionless*, perché consente la partecipazione libera e incondizionata al processo di validazione dei trasferimenti, ricorrendo in alternativa a due forme di validazione del consenso, la *proof of work* (PoW) o la *proof of stake* (PoS)⁶⁴. Semplificando molto il procedimento, può dirsi che ogni utilizzatore è chiamato inizialmente a scaricare sul proprio computer un software per creare un proprio borsellino o portafoglio digitale, al quale corrisponde un indirizzo di posta elettronica, che sarà utilizzato per custodire la valuta digitale. Ciascun computer collegato alla rete *bitcoin* ne rappresenta un nodo, munito di una chiave pubblica, comunicata al network, e una chiave privata, della quale ha conoscenza solo l'interessato. La corretta combinazione delle due chiavi consente di impartire l'ordine di pagamento, generando un'operazione di pagamento "non-verificata" che assume lo status di "verificata" quando uno degli altri nodi della rete – singolarmente o in gruppo – risolve il complesso algoritmo sottostante (*proof of work*), su base volontaria e in regime di reciproca concorrenza. Compiuta questa operazione, il blocco è aggiunto agli altri blocchi esistenti nel registro (*blockchain*); man mano che nuove transazioni "verificate" sono aggiunte allo stesso

una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente». Dir. UE/843/2018 in GUCE L 156 del 19 giugno 2018.

61 In altri termini, può essere scambiata in e da valute ufficiali, al tasso di mercato corrente.

62 La *blockchain* non presenta un'applicazione esclusiva all'ambito finanziario, ma non vi sono dubbi che questo sia stato il primo contesto nel quale ha destato molto interesse.

63 PILKINGTON, *Blockchain technology: principles and applications*, in *Research Handbook on Digital Transformations*, a cura di Xavier, Zhegu, Cheltenham, UK, 2016.

64 Per gli aspetti tecnici si rinvia a: TASCA, *Digital currencies: principles, trends, opportunities, and risks* (Settembre 7, 2015), su: <https://ssrn.com/abstract=2657598>.

blocco, l'originale transazione è interessata da un secondo, un terzo, fino al sesto messaggio di conferma. Ogni operazione di pagamento successiva contiene l'impronta (*hash*) della precedente e proprio questo crea la concatenazione tipica della *blockchain*. Giunti a quel punto, lo status dell'operazione di pagamento cambierà ancora una volta in operazione "confermata", trasferendo i *bitcoin* al destinatario. I validatori, detti anche *miners*, sono partecipanti della rete e saranno remunerati per l'attività svolta sia dal pagatore per un ammontare rimesso alla valutazione dell'interessato, che dal sistema il quale automaticamente genera nuovi *bitcoin* per compensarli dell'attività svolta⁶⁵.

La prima considerazione che può farsi sulla *blockchain* applicata ai sistemi di pagamento è che sfugge al quadro normativo vigente, ma si muove in continuità con i più tradizionali *secure communication network*. Sono tali, ad esempio, i sistemi quadripartiti di carte di pagamento che ricorrono alla crittografia per validare le comunicazioni ma, combinando nodi fisici e nodi virtuali, conservano la natura di network *permissioned* o privati, perché la facoltà di leggere e modificare le informazioni veicolate dal network è concessa ad un numero selezionato di partecipanti⁶⁶. Questo tratto non sorprende: è fisiologico che le pratiche commerciali si spingano un po' oltre il quadro normativo di riferimento. Del resto, negli anni cinquanta Ascarelli⁶⁷ aveva considerato come elemento tipizzante del titolo di credito «la destinazione alla circolazione secondo la valutazione sociale», perché il fenomeno non poteva essere limitato ai titoli di credito nominati. Tuttavia, lo stesso Ascarelli aveva altresì escluso che l'autonomia negoziale potesse essere fonte di nuove tipologie normative (di titoli di credito). E questo conduce alla seconda considerazione: i limiti all'autonomia negoziale nella creazione di valute virtuali.

Quando il problema si è posto per i titoli atipici, si sono registrate tesi divergenti. Gli studiosi più critici considerano che se l'art. 2004 c.c. fosse stato l'unico limite all'autonomia negoziale, si dovrebbe «considerare implicita una valutazione legislativa di meritevolezza per qualsiasi documento destinato a circolare secondo detta disciplina», nonostante la forte compressione degli interessi del detentore del titolo e l'interferenza con interessi che andavano ben oltre l'ambito privato⁶⁸. Nel caso della *blockchain* applicata ai pagamenti, vi

⁶⁵ BONAIUTI, *Economic issues on m-payments and bitcoin*, in *Bitcoin and mobile payments. Constructing a European Union Framework*, a cura di Gimigliano, Londra, 2016, p. 27 ss.

⁶⁶ PILKINGTON, *Blockchain technology: principles and applications, passim*.

⁶⁷ Ascarelli, *Sul concetto di titolo di credito e sulla disciplina del titolo V del libro IV del nostro codice*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1954, I, p. 367 ss.

⁶⁸ PAVONE LA ROSA, *Titoli "atipici" e libertà di emissione nell'ambito delle strutture organizzative della grande impresa*, in *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti*

un ulteriore argomento di riflessione: non è chiaramente distinguibile chi esercita l'autonomia negoziale. Il c.d. carattere decentrato della *blockchain* non consente di individuare un chiaro centro di imputazione di poteri e responsabilità. Al contrario, consta un ampio ventaglio di attori che concorrono alla circolazione dei *bitcoin* - dagli sviluppatori, ai validatori, alle sedi di scambio o di deposito -, il che può rendere molto fluido il concetto di decentralizzazione, al punto da creare, di tempo in tempo, singoli o gruppi che concretamente influenzano il funzionamento e l'affidabilità delle operazioni di pagamento, senza però assumerne le responsabilità⁶⁹.

In ultimo si pone il problema della sostituibilità della garanzia pubblica con un algoritmo. La questione ha sollevato molto interesse nella letteratura statunitense che ha prestato puntuale attenzione al passaggio dal «*code is law*»⁷⁰ al «*law is code*»⁷¹, ovvero disciplinare avvalendosi delle diverse applicazioni della Rete (Internet) oppure trasporre le regole giuridiche in regole tecniche secondo il formato *blockchain*. Mentre nella prima fase la tecnologia presentava una valenza prettamente strumentale per il legislatore, perché semplificava l'*enforcement* delle regole giuridiche in un ambiente digitalizzato⁷², l'impegno attuale consta nella semplificazione delle regole affinché possano operare con algoritmi e modelli matematici. Ma fino a che punto l'algoritmo può diventare regola giuridica? Può farlo senza incorporare anche i principi giuridici di riferimento? Al riguardo sembra interessante considerare la posizione assunta dal Consiglio di Stato in tema di procedimento amministrativo informatizzato. Nello scorso febbraio, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la legittimità dell'impiego di un algoritmo anche nell'adozione di atti amministrativi di natura discrezionale, coerentemente con i principi della buona amministrazione, sul rilievo che i) l'algoritmo non dà luogo ad un atto amministrativo bensì ad uno «strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo»; ii) soggiace a taluni principi del procedimento amministrativo

di ricorso al mercato, a cura di Portale, Milano, 1983, p. 437 ss.

69 Una interessante analisi in WALCH, *Deconstructing "decentralization"*, in *Cryptoassets. Legal, regulatory, and monetary perspectives*, a cura di Brummer, Oxford 2019, p. 39 ss.

70 PERRIT JR, *Lawrence Lessig, Code and other laws of cyberspace*, in *Connecticut L. Rev.*, 2000, 32, p. 1061 ss.

71 DE FILIPPI, HASSAN, *Blockchain technology as a regulatory technology: from code is law to law is code*, in *First Monday*, Novembre, 2016 (vol. 21), <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/7113>.

72 DE FILIPPI, HASSAN, *op. cit.*, *passim*, ne evidenziano l'applicazione soprattutto nella tutela del diritto d'autore.

considerati imprescindibili, quali la conoscibilità e l'imparzialità⁷³. Considerato l'orientamento giurisprudenziale, ci si potrebbe interrogare sui "paletti" giuridici da osservare nel diritto dei pagamenti quando opera un algoritmo: se i "paletti" giuridici vanno attinti dalla disciplina dei titoli di credito, che condivide con la *blockchain* la struttura decentralizzata, oppure dal diritto dei servizi di pagamento che, improntato al trasferimento elettronico dei fondi, si muove in continuità con la *blockchain*.

6 Conclusioni

Provando a tirare le fila del discorso, l'attenzione si appunta su tre passaggi.

L'esperienza maturata in Italia con i titoli atipici sollecita un intervento legislativo o un chiarimento giurisprudenziale sulla relazione tra l'applicazione dell'algoritmo alle operazioni di pagamento e i principi cardine della materia, magari privilegiando un coordinamento europeo.

D'altro canto, però, il processo di costruzione della fiducia negli strumenti sostitutivi ed alternativi di pagamento si presenta caratterizzato da due profili: la *progressiva* centralità dell'organizzazione di impresa e la *progressiva* obliterazione della funzione di mobilitazione del credito per fare spazio a tutti gli strumenti consoni con l'*e-letternificazione* dei pagamenti⁷⁴.

L'organizzazione di impresa, che originariamente si appuntava sul commerciante e poi sul banchiere, ha il proprio perno sull'impresa-sistema di pagamento, che ha influenzato il meccanismo di allocazione delle responsabilità tra gli imprenditori partecipanti al sistema. Meno chiare sono le ricadute sul rapporto tra debitore e creditore della somma di denaro. Se una parte della dottrina ne ha fatto uno strumento concettuale per interpretare coerentemente le vicende

⁷³ Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha statuito che l'algoritmo applicato deve essere pienamente conoscibile dal destinatario dell'atto amministrativo, contemplare un concorso del responsabile del procedimento diretto a verificare la decisione informatica («principio di non esclusività della decisione algoritmica») ed, infine, individuare «[...] misure volte ad evitare errori e inesattezze nella profilazione e nella conservazione dei dati, con derivante obbligo di rettifica al ricorrere di incongruenze o inesattezze» («principio di non discriminazione algoritmica»). Cfr. OROFINO, GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1738 ss.; TIMO, *Il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2020, p. 61 ss., in nota alla pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

⁷⁴ ECB, *Electronification of payment in Europe*, in *ECB Monthly Bulletin*, Maggio 2003, pp. 61-72.

dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, la giurisprudenza della Corte di giustizia europea appare poco incline all'abbandono di schemi interpretativi tradizionali.

Muovendo all'ultimo aspetto emerso nell'indagine svolta, viene in esame la mobilitazione del credito, una delle funzioni della cambiabile, in parte "recuperata" nella funzione di liquidità svolta dallo sconto degli effetti cambiari⁷⁵. Nel quadro giuridico armonizzato dei pagamenti sembra sia stata rimossa, anche se della stessa sopravvive l'esigenza sottesa. Non è casuale, infatti, la scelta della direttiva sui servizi di pagamento di ammettere che gli istituti di pagamento possano concedere credito con fondi propri e a breve termine, al fine di consentire al titolare del conto di pagamento di far fronte alla temporanea carenza di liquidità. D'altro canto è sintomatico che il report 2020 della Commissione europea sull'applicazione della direttiva sul credito ai consumatori e l'attività di indagine dell'*Office of Fair Trading* individuano ancora una volta nello scoperto bancario uno dei colli di bottiglia del mercato dei servizi di pagamento⁷⁶. Sono indizi di un "disagio" importante e ricorrente, che sollecita un'azione concertata a livello europeo.

⁷⁵ TERRANOVA, *Sconto bancario* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1989, XLI.

⁷⁶ EU Commission, *Commission Staff Working Document Evaluation of Directive 2008/48/EC on credit agreement for consumers*, Bruxelles, 5 novembre 2020; OTF, *Personal current accounts - Unarranged overdraft charges*, Dicembre 2009.

A Postmodern Account on Cultural Pluralism and Harmony Comparing the Constitutional Experiences of Bolivia and Nepal

Serena Baldin

Professore associato di Diritto pubblico comparato nell'Università di Trieste, Italia

Pasquale Viola

Assegnista di ricerca nell'Università di Bologna, Italia

Abstract Cultural pluralism and the legal acknowledgment of diversity are currently pervasive topics within comparative constitutional law debates. From the post-Westphalian conception of the nation-state, contemporary and avant-garde forms of constitutionalism in Latin America and South Asia had to struggle with the colonialism's legacy of monoculturalism, claiming for a proper space for their autochthonous traditions within the legal systems. To this extent, the constitutional experiences of Bolivia and Nepal represent suitable examples to 're-think' the role of culture under a less legalistic approach. From these assumptions, the article aims to verify whether the concept of harmony within the constitutional frameworks of pluralistic societies could be considered as one of the main features of their legal systems (or even the founding myth of the state) through intercultural/multicultural approaches to diversity.

Keywords Interculturalism. Multiculturalism. Legal Comparison. Bolivia. Nepal.

Summary 1. Premise. A "Counter-Hegemonic" Account on Harmony and Law. – 2. Harmony in the Andean Cosmivision and Its Transposition into the Concept of Living Well (*vivir bien*) in Bolivia. – 3. The Concept of Harmony in the Constitution of Bolivia. – 4. Outlining Contemporary Nepal: From Hinduisation/Nepalisation to Multiculturalism. – 5. A Textual Analysis of the Concept of "Harmony" in the 2015 Nepalese Constitution. – 6. Contextualising Harmony: Diversity and State-Building Choices. – 7. Conclusion. Semantics and/or Legal Effects? Harmony within Multiculturalism and Interculturalism.



Open access

© 2020 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



Citation Baldin, S.; Viola, P. (2020). "A Postmodern Account on Cultural Pluralism and Harmony. Comparing the Constitutional Experiences of Bolivia and Nepal". *Ricerche giuridiche*, 9(1), 25-50.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2020/01/002

1 Premise. A “Counter-Hegemonic” Account on Harmony and Law¹

From a constitutional perspective, harmony is frequently linked to the pluralistic composition of societies, where ethnic and religious diversity is a fact and the peaceful coexistence among groups is a wish expressed through the search of balance and tolerance. The aspiration to communal harmony receives attention in constitutions and statutes of several countries of the Global South, where it assumes the form of a legal principle. This emphasis on harmonious relationships is a legacy of the philosophical basis of these states, which embrace a societal vision where the collective good prevails over individual interests and rights². Accordingly, in the management of multicultural societies, generally harmony leads state actions and legitimizes the choices made in this sphere, for example limiting the freedom of speech. This is the reason why harmony is often regarded as an instrument for imposing a coercive power over society to maintain public order and ensure peaceful coexistence among diverse cultural groups.

From an anthropological perspective, Laura Nader emphasizes that harmony is a technique of pacification with a double meaning. Historically rooted in the colonial era, the harmony model is both a counter-hegemonic political strategy used by colonized groups to protect themselves from the authority of the colonizers and a hegemonic strategy used by the colonizers to defend themselves from the colonized groups. Analyzing the Zapotec people in Oaxaca (Mexico), Nader states that their harmony ideology, imposed by Christian missionaries and Spanish colonizers, was based on dangers and dysfunctions of conflict and the superior state of harmony. The basic elements of harmony as an ideology are the same wherever they are implemented. They emphasize conciliation, as well as the recognition that resolution of conflict is inherently good and that its opposite, namely to persist in litigation, is bad. They support a view of harmonious behavior as being more civilized than conflictual ones, the belief that consensus is of greater survival value than controversy. With its strong focus placed on compromise and cooperation, harmony was exploited by natives as a rhetoric of peace, as a shield to

¹ The paragraphs 1, 2 and 3 have been authored by Serena Baldin; the paragraphs 4, 5, 6 and 7 have been authored by Pasquale Viola. The essay is published within the framework of the research project PRIN 2017 “From Legal Pluralism to the Intercultural State. Personal Law, Exceptions to General Rules and Imperative Limits in the European Legal Space” (PI prof. Lucio Pegoraro - 2017RYJAFW_001).

² In this sense, NEO, *Dimensions of Religious Harmony as Constitutional Practice: Beyond State Control*, in *German Law Journal*, 2019, 20, p. 967.

protect their autonomy³. In a context where increased conflict means increased state intervention, this indigenous community used harmonious self-representation as a means of securing continued local independence. As a strategy for resisting the state political and cultural hegemony, harmony has been adapted to counter-hegemonic ends⁴.

Turning to the legal viewpoint, recently Jaclyn L. Neo has argued that the constitutionalisation of harmony is a multivalent concept. Besides being a tool of state ideological control that entails vertical state-group relationships and serves as a rights-limiting interest, harmony involves other two types of relations. Firstly, it implies a horizontal relationship that legitimates intercultural dialogue among groups and that overcomes the idea of passive tolerance. Secondly, as a bottom-up demand, harmony can impose obligations on the state when peaceful coexistence among groups is threatened⁵.

From the aforementioned assumptions, the analysis aims to verify whether the concept of harmony within the constitutional frameworks of pluralistic society could be considered as one of the main features of their legal systems, questioning its role as guiding principle for intercultural/multicultural approaches to diversity. To address such purpose, the essay deals with two contemporary and remarkable state-building experiences, namely those of Bolivia and Nepal, for two main reasons: 1) the mono-cultural, nationalistic and unitary impositions collapsed under the society's pluralistic demands, leading to the establishment of an inclusive constitutionalism; 2) cultural foundations shaped an inclusive concept of harmony, conveyed from cosmogonic and religious beliefs, fostering plurinational, multicultural, and/or intercultural approaches.

The constitutions of Bolivia and Nepal, in force since 2009 and 2015 respectively, provide for the participation of minorities and indigenous groups to the public legal domain. Moreover, the "legal openness" to those who have always been marginalized and discriminated marks the birth of a new "form of State", in which the relationships between the state and the groups, and among groups, are (or should be) based on mutual recognition and respect. To this extent, the essay introduces the concept of living well (*vivir bien*) in Bolivia, which refers to the cosmovision of the indigenous people based on harmony and on a strict interconnection between the community and nature, while paragraph 3 analyses the principle of harmony

³ See NADER, *Harmony Ideology. Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*, Stanford, 1990.

⁴ An analogous strategy has been applied by other groups, as those living in Ladakh and in Swaziland. See PIRIE, *Peace and Conflict in Ladakh. The Construction of a Fragile Web of Order*, Leiden, 2007; Ros, *The Politics of Harmony. Land Dispute Strategies in Swaziland*, Cambridge, 1992.

⁵ NEO, *op. cit.*, p. 969.

as constitutionalized in Bolivia. Paragraph 4 offers a brief outline of the Nepalese constitutional system as resulted after the new state-building process, while the following part aims to provide a general framework of the concept of “harmony” within the Nepalese constitutional text. The following paragraph deals with the Nepalese shift from the *ethnic-based hegemonic state* to the *consociational state*.

2 Harmony in the Andean Cosmivision and Its Transposition into the Concept of Living Well (*vivir bien*) in Bolivia

While harmony is a word which has almost disappeared from the moral and political vocabulary of Western thought, it is a founding and essential value for indigenous societies. In the Andes, a guiding tenet of native peoples is *kushikuy kawasy*, translated as principle of relationality or as harmony among human beings, family, community and nature. Equilibrium helps avoid social relations in the community from leading to problems or conflicts. From the point of view of the indigenous justice systems, when an offense is committed the harmony is broken. Thus, the intervention of the authorities and the community is mainly based on reconciliation; it focuses on restoring the balance and the social cohesion⁶.

In order to understand why harmony is so relevant in the constitutional framework of Bolivia, it seems worth recalling that it is the most culturally diverse country of Latin America. It has the highest percentage of indigenous peoples, namely 41% of the total population according to the national census of 2012⁷. Aymara and Quechua are the most consistent native groups, followed by nearly another forty autochthonous peoples. In spite of their important political advances from the Nineties onwards, they still remain marginalized in social and economic terms and face discrimination and exploitation.

The Constitution in force since 2009 has been demanded from below and during the Constituent Assembly the indigenous claims have been accepted in great measure. The higher norm is not only a milestone for the recognition of indigenous rights and of legal pluralism; it has a special importance given that it founds a Plurinational and Intercultural state where all groups are formally posed at the same level, without differences among a majority and other minorities as

⁶ HUANACUNI MAMANI, *Buen Vivir/Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*, Lima, 2010. See also Plurinational Constitutional Tribunal of Bolivia, sent. 1127/2013-L, 30 August 2013; the constitutional sentences are available at <https://tcpbolivia.bo/tcp/>.

⁷ See the vox Bolivia at <https://minorityrights.org/>.

corollaries. This aim is clearly expressed in the first article: «Bolivia is constituted as a Plurinational Communitarian Unitary Welfare State, free, independent, sovereign, democratic, intercultural, decentralized and with autonomies. Bolivia is founded on plurality and on political, economic, legal, cultural and linguistic pluralism in the integration process of the country».

What this country wants to pursue is a new order where pluralism informs the institutional and social organizations toward the inclusion of all the ethnic components. This implies an epistemological turn, embraced through the acceptance of the indigenous values and life visions. The fights for a more equitable system has led to the creation of new political institutions and territorial autonomies and to the recognition of a considerable number of individual and collective rights of equal importance, without hierarchies in order to emphasize the prominence of social rights. In other words, the Constitution represents an attempt at communication between native and Western concepts thanks to their intention of integrating local values as pillars of the constitutional order.

The Bolivian new model of civilization is expressed with the term *vivir bien* (*suma qamaña* in native idiom). The literal translation of *vivir bien* into living well is not correct as it evokes the Western view of well-being and the related idea of living better, which is very distant from the indigenous concept of existence that the *vivir bien* represents. The term *suma qamaña* means living in harmony with all forms of existence, be they human beings, communities and nature. It takes inspiration from the autochthonous cosmovisions and lifestyles where the concept of development is unknown. Rooted in the worldview of the Quechua and Aymara peoples of the Andes, the *vivir bien* describes a way of doing things and living that is community-centric, ecologically-balanced and culturally-sensitive. It indicates a harmonious equilibrium between material and spiritual components, only possible in the specific context of a community conceived in social and ecological terms jointly⁸.

Harmony, among the different elements that make up the whole, is essential to the *vivir bien* as a search for an equilibrium in the community and between humans and nature. The challenge posed by the *vivir bien* is not to be or have more, but to seek balance between the different parts of the Earth's community. From this angle, it promotes

⁸ Similarly, in the Constitution of Ecuador of 2008 one finds the term *buen vivir* or *sumak kawsay*. On this concept see BAGNI, *Il sumak kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador*, in BALDIN, ZAGO (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir dalla prospettiva europea*, Filodiritto, 2014, p. 73 ff.; HUANACUNI MAMANI, *Buen Vivir/Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*, Lima, 2010. In a comparative perspective, see BALDIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, 2019.

the dissolution of the dualism between society and nature, and the latter becomes part of the social and political arena. The use of lands, water, and natural resources in general must respect the ancestral lifestyle, where economy is linked to solidarity, and production and work should be done with respect for and in harmony with nature, recognizing the intrinsic value of *Pacha Mama* (Mother Earth), notwithstanding its use on part of humans. Thus, contrary to the Euro-American vision, the *vivir bien* embraces a holistic approach that sees social, cultural, environmental and economic issues working together, being parts of the same reality. It is aimed to radically transform the state moving away from the neoliberal model of development and founding social relationships based on equality, solidarity and respect of ethnic diversities and nature⁹.

3 The Concept of Harmony in the Constitution of Bolivia

To sum up the argument thus far, the constitutional system of Bolivia is radically distant from the previous one. In the same vein, the concept of harmony has a different relevance in the new Constitution respect to the former one, where it was only used as a synonym of the term in accord or in conformity¹⁰. At present, harmony is mentioned first in the preamble, where one reads that Bolivia is based on «principles of sovereignty, dignity, interdependence, solidarity, harmony, and equity in the distribution and redistribution of the social wealth, where the search for *vivir bien* predominates».

In a quite different mode, this concept reappears in the text. More precisely, in Part I, Title I, Chapter II, devoted to «Principles, values, and purposes of the State», there is a reference to the native ethical-moral principle of *ñandereko* (harmonious life): «The State assumes and promotes as ethical-moral principles of the plural society: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (do not be lazy, don't be a liar, don't be a thief), *suma qamaña* (living well), *ñandereko* (harmonious life), *teko kavi* (good life), *ivi maraei* (land without evil) y *qhapaj ñan* (noble path or life)» (art. 8, para. 1, Const.). Moreover, in para. 2 of art. 8 Const., harmony is enumerated among many other values which support the

⁹ GUDYNAS, ACOSTA, *La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa*, in *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 2011, 53, p. 71 ff. The *vivir bien* as a constitutional principle expresses different legal meanings; on this aspect see also BALDIN, *La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2015, 143, p. 1 ff.

¹⁰ In the current Constitution, a reference to «in harmony with the Constitution and the law» as a synonym of in accordance to, is found in art. 290. Moreover, «the criteria of harmony and coordination» is mentioned in art. 77, para. 2, Const., devoted to the educational system.

basis of the state aimed at pursuing the *vivir bien*¹¹.

In the opinion of the Plurinational Constitutional Tribunal, the ethical and moral values and the axiological precepts embodied in these two paragraphs reflect the guidelines that support the state's refoundation¹². They strengthen the collective construction of the state, making reference to the values derived from the autochthonous tradition as well. In this sense, *vivir bien*, harmonious life, and the other native values are axioms that go beyond their ethical and moral significances. They shape a vision whose horizons are not limited to an individualistic conception, being directed to a shared renaissance of the state that pursues the *vivir bien*.

This provision is further specified by a reference to a fair and harmonious society. The values mentioned in art. 8 Const., which support the collective construction of the state, reinforce the validity of the purposes embodied in the art. 9 Const., where the first goal of the state is: «To construct a just and harmonious society, built on decolonization, without discrimination or exploitation, with full social justice, in order to strengthen the plurinational identities».

I suggest that in Bolivia the core of the legal meaning of harmony is conveyed by the «just and harmonious society» clause. It expresses the relationship between society and the state, to determine in which measure the latter can actively contribute to build the former. Such achievement is feasible acting against the disparities among individuals and among ethnic groups. In this perspective, the fundamental axes are identified in decolonization, in the absence of discrimination and exploitation, in social justice, with the aim to consolidate the plurinational composition of society in the public sphere. This clause brings to mind the expression «free and democratic society» contained in section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedom, which stipulates that the rights set out in the Charter are «subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society». Also, it resembles the «open and democratic society» clause inserted in art. 36 of the South African Constitution, according to which «rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom». In such hypotheses, courts are often asked to resolve conflicts between competing individual and collective interests.

11 Namely: unity, equality, inclusion, dignity, liberty, solidarity, reciprocity, respect, complementarity, transparency, balance, equality of opportunities, social and gender equity in participation, common well-being, responsibility, social justice, distribution and redistribution of products and social assets.

12 See the const. sent. no. 1850/2013, 29 October 2013, part III.5.1.

In the case of Bolivia, the formula containing the invocation to a just and harmonious society does not explicitly configure a balancing test between individual and group rights. Differently, in this earlier period of consolidation of a new order, the imperative to guarantee the effectivity of rights not yet respected even if legally granted, as the rights of the indigenous peoples, has emerged from the decisions of the Plurinational Constitutional Tribunal. Moreover, the task to affirm that all the rights inserted in the Constitution have equal hierarchical recognition and are directly applicable and justiciable has come forth¹³. I argue that in future this clause could be interpreted to justify limitations to individual rights in order to preserve and promote the native communitarian lifestyle, read in conjunction with the articles regarding indigenous rights. In this sense, it seems plausible to assert that harmony may be conceived as an instrument for imposing obligations on the state to protect rights and interests of the most marginalized and excluded groups, whose cosmovisions and ways of life are very different from those predominant in a country that has developed according to the individualistic culture of the Western societies. The principle of harmony is primarily addressed to change power relationships to counteract the coloniality accused of maintaining disparities and subordination among ethnic groups. Hence, a fair and harmonious society is based on decoloniality processes¹⁴. Therefore, harmony can be considered a subversive tool that natives may invoke to enhance their culture, communitarian lifestyle, and customs, and may invoke to resist to discriminations, exploitations, and social injustices.

A similar assertion may be referred to the «harmony with nature» clause that incorporates the ecocentric cosmovision of the native peoples. In Bolivia, nature is considered a legal entity with a sphere of rights, enumerated in the Law on the Rights of Mother Earth no. 071 of 2010¹⁵. In this law, harmony refers to the human activities that, in the context of plurality and diversity, must achieve a dynamic balance with the cycles and processes inherent to Mother Earth. At constitutional level, harmony with nature is joined with economy. Specifically, the industrialization of natural resources has two aims and must respect two conditions. The objectives are to overcome the de-

13 See const. sent. no. 0572/2014, 10 March 2014, and const. sent. no. 0487/2014, 25 February 2014.

14 See const. sent. 0006/2013, 5 June 2013.

15 Law on the Rights of Mother Earth no. 071, 21 December 2010, at <http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/158Bolivia%20Ley%20071.pdf>. On the rights of nature, see CARDUCCI, *Natura (diritti della) (voce)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, 2017, p. 486 ff.; BALDIN, *Los derechos de la naturaleza: de las construcciones doctrinales al reconocimiento jurídico*, in *Revista general de Derecho Público Comparado*, 2017, p. 1 ff.

pendence on exports of raw materials and to achieve a productive economy. The conditions are that it should be carried out within the framework of sustainable development and in harmony with nature (art. 311, para. II, no. 3, Const.). In this case, the industrialization of natural resources and respect for the environment have to find an equilibrium to satisfy both priorities. In addition, in the sphere of indigenous territories, the Constitution affirms that natives define their concept of development pursuant to their own cultural criteria and principles of harmonious coexistence with nature (art. 403, para. I, Cost.). These provisions could be interpreted as limits to state actions in order to respect the equilibrium between humans and nature. This attention for the ecosystems also leads the Bolivian foreign relations, as it is stated in art. 255, para. II, Const. In this case, harmony with nature is mentioned as a guiding principle of international agreements ratified by Bolivia.

Another perspective through which to understand the meaning of harmony in the constitutional framework of Bolivia calls into question the concept of interculturalism. The link between harmony and the heterogeneous composition of Bolivia is evident in art. 98 Const., titled «Cultures», where interculturalism is conceived as «the means for cohesion and for harmonic and balanced existence among all the peoples and nations». The Plurinational and Intercultural state proposes an encounter among ethnic groups adopting an intercultural approach to overtake multiculturalism and the simple coexistence or juxtaposition of cultures¹⁶. To flourish, interculturalism requires the decolonization of European and American thinking which promotes a homogenizing vision.

In Bolivia, intercultural education and intercultural dialogue are not the only approaches that can be used to manage the coexistence of different groups. Indeed, interculturalism is embedded in the public institutions as well, with the aim to seek solutions to guarantee equality between subordinate and hegemonic groups and to ensure a democracy open to the customs and rules of indigenous peoples. In this vein, the harmonious relationships cultivated among different ethnic communities resemble only in part the group-group relationships of mutual control recognizable in the Asian context. In Bolivia, interculturality surely implies much more than passive tolerance and it overcomes the idea of a reciprocal control in the sense that the legal order aspires to subvert the former dominant social, political, and economic structures and to configure the commitments among

16 On the relevance of interculturality, see WALSH, *Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Quito, 2009. On the concept of Intercultural State, see BAGNI, *Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria*, in BAGNI, FIGUEROA MEJÍA, PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Libro homenaje a Lucio Pegoraro*, Ciudad de México, 2017, p. 137 ff.

individuals, communities and nature in a different manner, closer to the ancestral vision of the Andean peoples. It is in this view that one should also consider the principle of social harmony expressed in art. 178 Const., referred to the power of the judiciary to impart justice. Social harmony forms the basis for social cohesion, tolerant co-existence, and respect of differences, as clearly stated in art. 3 of the Law on Plurinational Constitutional Tribunal and reiterated in the court's sentences¹⁷.

4 Outlining Contemporary Nepal: From Hinduisation/ Nepalisation to Multiculturalism

Postcolonial studies have emphasised the common cultural and sociological fate of Asia and Latin America during colonialism, especially concerning the clash between the imposition of Western law and the ancestral beliefs of existing social groups¹⁸. Nowadays, the overlapping of pre- and post- legal structures, as well as the arising recognition of cultural diversity, are reversed in the contemporary concept of legal pluralism¹⁹, trying to consolidate domestic instances with international ones.

In the political and legal fields of study, such degree of diversification has challenged the doctrinal construction of Western dogmatic concepts like 'state' and 'nation'²⁰, obliging the adoption of differ-

17 Law on Plurinational Constitutional Tribunal, no. 027, 6 July 2010, at <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/leyes>; see also const. sent. no. 0450/2014, 25 February 2014.

18 For further analysis on this subject: VIOLA, *La protección constitucional de las minorías y la influencia de elementos de diferenciación social sobre la organización estatal. Una mirada a algunos ejemplos relevantes de Asia y América Latina*, in *Derecho & Sociedad*, 2020, 55, p. 73 ff.

19 MENSKI, *Beyond Europe*, in ÖRÜCÜ, NELKEN (eds), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford, 2007, p. 198 ff.; GALANTER, *Justice in many rooms: Courts, private ordering and indigenous law*, in *Journal of Legal Pluralism*, 1981, 19, p. 1 ff.; CHIBA (ed.), *Asian Indigenous Law in Interaction with Received Law*, London-New York, 1986; ID., *Legal Pluralism: Towards a General Theory through Japanese Legal Culture*, Tokyo, 1989.

20 AMIRANTE, *Post-modern constitutionalism in Asia: perspectives from the Indian experience*, in *NUJS Law Review*, 2013, 6, p. 213 ff.; BASILE, TORRI (a cura di), *Il subcontinente indiano verso il terzo millennio*, Milano, 2002. On the debate about legal classifications and models see AMIRANTE, *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione "verso Oriente"*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2015, 17, p. 1 ff.; cf. ZWEIFERT, KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. I Principi fondamentali*, Milano, 1992; DAVID, JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 2004; GAMBARO, SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008. On the nation-state and state-nation theory see STEPAN, LINZ, YADAV, *Crafting State-Nations: India and Other Multinational Democracies*, Baltimore, 2011, p. 8. About the state-nation theory applied to Nepal's contemporary constitutional history, VIOLA, *Lingua e diritto nella Costituzione nepalese del 15 settembre 2015: 'diversità non discordante' e Stato multicultural*, in *DPCE Online*, 2016, 28, p. 77 ff.

ent pragmatic approaches. Distinctive languages, customs, and cultures are located within the same boundaries, and constitutional texts dealt with these issues, elaborating suitable solutions for guaranteeing a stable and (not always) peaceful co-existence among different ethnic groups²¹.

Currently, the Federal Democratic Republic of Nepal is one of those examples that challenge the classic conception of nation-state. The social features of the country may provide the idea of a state with substantial unitary features, especially after the so-called process of Hinduisation/Nepalisation²². The 'Hinduisation' (or 'sanskritisation') defined the increasing role of high caste hindus within political and economic powers²³; while the 'nepalisation' served the purposes of the hindu elite in securing their authority through the application of their cultural, religious and political rules²⁴. In this phase of Nepalese history, the processes of 'Hinduisation' and 'Nepalisation' at times coincided or served each other²⁵. To this extent, Louise Brown argued that three main processes «dominated Nepal's history and political development»: i) the immigration of Indo-Arian people; ii) the 'hinduisation'²⁶; iii) the strengthening of a distinct and single political entity²⁷.

Despite this unifying narrative, the Nepalese state has evolved on a basis of diversities that influenced the state-building phase succeeding the Maoist Revolution and the transition from monarchy to the republic²⁸, shifting from authoritarianism to a democratic and

21 On the effects of ethnicity issues on state-building, GHAI (ed.), *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-Ethnic States*, Cambridge, 2000.

22 LOUISE BROWN, *The Challenge to Democracy in Nepal: A Political History*, London-New York, 1996.

23 *Ibid.*, p. 2.

24 *Ibid.*, p. 8. Another example of "nepaliness" is the speech of King Mahendra regarding the "democracy without political parties" known as the Panchayat System: «people were confused by the Western institutions of political parties and parliamentary government, [...] Nepal must have a political system in keeping with Nepal's culture and tradition. It had to be a Nepali system, not one copied». SMITH, *The Ideology of Nepal's Panchayati Raj*, 1967, p. 26 f. See also *Ibid.*, fn. 1: *Pages of History: A Collection of Proclamations, Messages, and Addresses Delivered by His Majesty King Mahendra*, I (December 15, 1960-December 10, 1961), Kathmandu, 1961, pp. 1-4.

25 LOUISE BROWN, *op. cit.*

26 *Ibid.*, p. 2: «The Kathmandu Valley, which was the home of the Newars, a group who spoke a Tibeto-Burman language, formed an exception to this pattern of Indo-Aryan domination of the hills, because Newari society had become stratified on the basis of a Hindu caste hierarchy long before the less developed hill society».

27 *Ibid.*, p. 1. See also HUTT, *Drafting the Nepal Constitution, 1990, in Asian Survey*, 1991, 31, n. 11, p. 1020 ff.; MALAGODI, *Constitutional Nationalism and Legal Exclusion: Equality, Identity Politics, and Democracy in Nepal (1990-2007)*, Oxford, 2013.

28 GHAI, *The old order is dying, the new order is not yet born: Politics of constitution demolishing and constitution building in Nepal*, in CHEN (ed.), *Constitutionalism in Asia*

participatory system of governance²⁹. The socio-cultural context of the “new” state is deeply plural, with many ethnic, religious and linguistic differences³⁰.

In order to grasp the Nepalese legal and constitutional system, the outline of some geographical and social data is essential. The territory³¹ extends for 147,181 km², with a population of approximately 30 million (density 180/km²). As far as the political and administrative scheme is concerned, Nepal is divided into 7 states³², 77 districts, and 753 new and rural municipalities. The number of territorial units is a factual sample of the social diversity that characterises Nepal: the official Report of the Central Bureau of Statistics identified 125 ethno-caste and 207 religious groups³³.

Ethnicity can be defined as «a sense of group belonging, based on ideas of common origins, history, culture, language, experience and values»³⁴. However, the definition of the term ‘ethno-caste’ is necessary for a better understanding of the Nepalese society, politics and law. In English, the terms ‘ethnicity’ and ‘caste’ are synonyms, while the ethnographic and sociological studies on Nepal distinguish between them. The word ‘caste’ refers to the model proposed by Du-

in the *Early Twenty-First Century*, Cambridge, 2014, p. 367 ff.

29 *Ibid.*

30 GHAI (ed.), *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-Ethnic States*, Cambridge, 2000.

31 The Second Constitutional Amendment of 2020 provided legal status to the new map of Nepal, including Limpiyadhura, Lipulekh and Kalapani as Nepalese territory. These territories are under dispute with India.

32 As also affirmed in AMIRANTE, VIOLA, *South Asian Constitutionalism in Comparative Perspective: The Indian “prototype” and some recent borrowings in the 2015 Nepalese Constitution*, in SINGH (ed.), *The Indian Yearbook of Comparative Law 2018*, Singapore, 2019, p. 151 ff., I prefer the word ‘state’ instead of ‘province’, though the dominant legal and non-legal literature favours the inverse option. This is not an arbitrary choice, but is based on two specific criteria: 1) the word ‘pradesh’ can be translated both with ‘province’ and ‘state’; 2) the official translation by the Ministry of Law, Justice & Parliamentary Affairs adopted the word ‘state’ for the territorial units that compose the federation (e.g. see Part 20 of the Constitution).

33 CENTRAL BUREAU OF STATISTICS, *Population Monograph of Nepal*, II (Social Demography), Kathmandu, 2014.

34 DECIMO, GRIBALDO, *Boundaries Within: Nation, Kinship and Identity Among Migrants and Minorities*, Cham, 2017, p. 24. On ethnicity, cf. HOPENHAYN, BELLO, *Discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe*, in CEPAL – *SERIE Políticas Sociales*, 2001, 47, p. 7: «Mientras la raza se asocia a distinciones biológicas atribuidas a genotipos y fenotipos, especialmente con relación al color de la piel, la etnicidad se vincula a factores de orden cultural, si bien con frecuencia ambas categorías son difícilmente separables». In this essay, starting from the ideas pointed out by SAID, *Cultura e imperialismo* (Barcelona, 1993), the authors state that: «El colonialismo va a ser una fuente primordial para la constitución de las ideas sobre las diferencias raciales. La misma idea de la superioridad racial europea frente a la supuesta inferioridad y salvajismo de los nativos de América serán parte de los procesos históricos de construcción de imágenes culturales de conquistados y conquistadores».

mont³⁵, indicating those social groups built hierarchically according to Hindu precepts and, specifically, the idea of *pure* and *impure*. In Nepal, the classification into Brahman, Chhetri, Sanyai, Maithil Brahman, Rajpur Kayastha and Dalit (the *untouchables*) adopts this method. The term ‘ethnicity’, on the other hand, refers to specific cultural attributes, such as the collective name, the founding myth, a shared history, living on a specific territory. Adibasi/Janajati groups are designed according to the last classification³⁶. For instance, when referring to Brahmans or Dalit, the classification follows the caste, while the classification of the Janajati is arranged on an ethnic basis³⁷.

The classification shaped by Dahal reorders ethno-caste diversity in Nepal into five major groups: (i) caste-origin; (ii) Newar, (iii) Adibasi/Janajati or nationalities, (iv) Muslim and (v) other residual groups. In turn, the aforementioned cultural categories are classified into 9 sub-cultural groups: (i) Caste-Origin Hill, (ii) Hill Adibasi/Janajati, (iii) Hill Dalit, (iv) Madhesi caste-origin (Level 1), (v) Madhesi caste-origin (Level 2), (vi) Madhesi caste-origin low caste or Dalit (Level 3), (vii) Tarai (Madhesi) Adibasi/Janajati, (viii) Muslims, and (ix) other cultural groups. The ethno-caste data is particularly important for a hierarchically structured society. In Nepal, especially during the Hindu Kingdom, belonging to a caste impacted—and that is still partially true—on inclusion and enjoyment of civil and political rights. Furthermore, only in recent times the concept of ‘secularism’ has been placed among the fundamental principles of the state, which previously was influenced by Hindu religion and traditions³⁸. Moreover, as supported by some ethnographic studies, only the highest caste level (Brahmins, Chhetri) detained the political power and the resources of the country, realising a complete social restricted policy³⁹. What has just been emphasised explains the link between ethno-caste and religious factors, as well as their influence on the Nepalese social architecture. The Hindu majority (about the 80% of the

35 DAHAL, *Social Composition of the Population: Caste/Ethnicity and Religion in Nepal*, in *Central Bureau of Statistics, Population Monograph of Nepal*, (Social Demography), Kathmandu, 2014, II, p. 1 ff. See DUMONT, *Homo Hierarchicus: The Caste and Its Implications*, Oxford, 1970.

36 CENTRAL BUREAU OF STATISTICS, *op. cit.*; SMITH, *The Ethnic Origin of Nations*, Oxford, 1986.

37 VIOLA, *The Nepalese Constitutional System: An Overlap of Change and Stability*, in AMIRANTE (ed.), *South Asian Constitutional Systems*, The Hague, 2020, p. 159 ff.

38 LETIZIA, *Shaping Secularism in Nepal*, in *European Bulletin of Himalayan Research*, 39, 2012, p. 66 ff.

39 See LAWOTI, *Domination and Exclusion: Continued Marginalization of Minorities in Democratic Nepal*, Kathmandu, 2000; LAWOTI, *Toward a Democratic Nepal: Inclusive Political Institutions for a Multicultural Society*, London, 2005; LAWOTI, *Looking Back, Looking forward: Centralization, Multiple Conflicts, and Democratic State Building in Nepal*, Washington, 2007.

population) reveals the centuries-old influence (1769-2006) of religious precepts. Buddhism and Islam have a particular relevance (9% and 4.4% of the population), while other minor religious groups are Kirat (3.0%) and Christians (1.4%).

A further factor of the ontological multiculturalism of the Nepalese state is its linguistic diversity, which influences the entire state structure along with ethnic and religious factors. In fact, there are 123 languages having different roots: Indo-European, Sino-Tibetan, Australasian and Dravidian. The official language is Nepali, spoken by approximately the 48% of the population, while several languages can be officially recognized by individual states (Maithali, Bhojपुरi, Tharu, Tamang, Newar, Magar, Bajjika, Urdu, Avadhi, Limbu, Gurung, Kusunda). English is considered a *lingua franca* for practical reasons related to tourism and trade⁴⁰.

In this context, the contemporary Constitution of Nepal is trying to manage socio-economic issues in such a way to avoid political instability, secession, or dispersion of state power. The state-building phase aimed to introduce cooperative federalism and a parliamentary system of government inspired by the Indian legal and political schemes⁴¹, considering the cultural and linguistic factors as crucial elements, clearly shows the close relationship between ethnicity and identity⁴².

The Constitution of Nepal, in Art. 306, defines minorities as «ethnic, linguistic and religious groups whose population is less than the percentage specified by the federal law, and includes groups that have their distinct ethnic, religious or linguistic characteristics, aspirations to protect such features and are subjected to discrimination and oppression»⁴³. The establishment of a new state demands

⁴⁰ VIOLA, *Lingua e diritto nella Costituzione nepalese del 15 settembre 2015: "diversità non discordante" e Stato multiculturale*, cit.

⁴¹ Cf. VIOLA, *Costituzionalismo autoctono. Pluralismo culturale e trapianti giuridici nel subcontinente indiano*, Bologna, 2020.

⁴² VIOLA, *Inequality and discontent: A comparative constitutional law inquiry on South Asia and Latin America*, in BELOV (ed.), *Peace, Discontent and Constitutional Law: Challenges to Constitutional Order and Democracy*, London-New York, 2021, p. 157: «In the past, the binomial Hindu religion/Muluki Ain inspired legal provisions, supported by the elites, aiming to exclude from the political agenda the demands of backward social groups (e.g. Madhesi, Janajati and women). According to some authors, the Madhesi versus Pahadi dichotomy is an example of 'democratic' exclusion. This form of ethnic identity has an impact also on other ethnic groups in the Terai, i.e. on the Tharu people, who would be totally excluded from a political agenda investing only on the creation of 'one Madhesi' land, exacerbating the relationships among ethnic groups. Furthermore, also an opening to a more peaceful co-existence between Madhesi and Tharu in the Terai would not take into account further minor ethnic groups that live in the same region».

⁴³ Part 34, Definitions and Interpretations, Art. 306, Constitution of the Federal Democratic Republic of Nepal. All the articles mentioned in this paragraph with no further information are part of the Nepalese Constitution, 2015. As mentioned on p. 158: «the

for the foundation of an identity consistent with the social context. Article 3 deals with the definition of the Nepalese nation, highlighting the multicultural roots of a state that had been forced to be mono-cultural in the past. In fact, the different cultural heritages are collectively responsible and mutually inspired by a common aspiration of “unity in diversity” to constitute a nation. In contrast, Art. 4 recognises inclusiveness as one of the keystones of the “new” Nepal. The definition of Art. 306 and the provisions contained in Articles 3 and 4 provide a clear idea of the new ideological foundation of Nepal, departing from the old conception of the nation-state, and further pursuing the same contextual approach which had characterised the state-building phase. Moreover, the composition of local bodies is strongly influenced by minorities.

Starting from the aforementioned assumptions, a quantitative analysis of the nouns ‘multiculturalism’, ‘interculturalism’ and ‘harmony’⁴⁴, as well as of their respective adjectives, within the constitutional text underlines the shift from mono-cultural and nationalistic approaches towards the recognition and protection of diversity.

5 A Textual Analysis of the Concept of “Harmony” in the 2015 Nepalese Constitution

In spite of the absence of references to interculturalism, the constitution of Nepal specifically recalls multi-culturalism two times: with-

village executives must include women and Dalit or people belonging to minority communities elected by the members of the village assembly amongst themselves. The municipal executive must also include women and Dalit or people belonging to minority communities elected by the members of the Municipal Assembly. As for the state structure, the impact of the existence of minorities and the demand for social and political inclusion led the Constituent Assembly to give a peculiar arrangement to the directive principles, policies and obligations of the state; in the same way, the Constitution aims to develop social and cultural values founded on national pride, democracy, pro-people, respect for labour, entrepreneurship, discipline, dignity and harmony, and to consolidate national unity by maintaining social cohesion, solidarity and harmony, recognising cultural diversity. The importance of minorities and the adoption of an inclusive policy in a socialist-oriented democracy is also demonstrated by the creation of the National Inclusion Commission. The functions, duties, and powers of this Commission are quite wide, and include conducting research on the condition and the implementation of the policies related to minorities and other vulnerable communities (Khas Arya, Pichhada class, persons with disabilities, senior citizens, labourers, peasants, minorities and marginalised communities, backward classes, people of Karnali and the indigent class). Besides the National Inclusion Commission, the Constitution provides for the establishment, by the Federal Parliament, of several constitutional bodies, i.e. the Indigenous Nationalities Commission, the Madhesi Commission, the Tharu Commission, and the Muslim Commission».

⁴⁴ The textual analysis is based on the English translation of the text provided by Oxford Constitutions (<http://oxcon.ouplaw.com>) and Constitute Project (<https://www.constituteproject.org/>).

in the Preamble,

We, the people of Nepal, in exercise of the sovereign powers inherent in us

[...]

Embracing multi-caste, multi-lingual, multi-cultural and diverse geographical specificities, by ending discriminations relating to class, caste, region, language, religion and gender discrimination including all forms of racial untouchability, in order to protect and promote unity in diversity, social and cultural solidarity, tolerance and harmonious attitudes, we also express our determination to create an egalitarian society on the basis of the principles of proportional inclusion and participation, to ensure equitable economy, prosperity and social justice,”

and in Art. 3 ‘The nation’

Having multi-ethnic, multi-lingual, multi-religious, multi-cultural characteristics with common aspirations of people living in diverse geographical regions, and being committed to and united by a bond of allegiance to national independence, territorial integrity, national interest and prosperity of Nepal, all the Nepali people collectively constitute the nation.

In reference to cultural issues, the adjective ‘multi’ was adopted in order to highlight the recognition of diversity within the social fabric of the country, especially regarding ethnic factors, castes, religions and languages. About languages, along with the Preamble and Art. 3, the Nepalese Constitution provides for the positive obligation of the state to pursue multi-linguistic policies (Art. 51).

Beside the aforementioned section of the Preamble, in which the word ‘harmony’ follows the words ‘solidarity’ and ‘tolerance’, within the Nepalese constitutional text the references to ‘harmony’ and to the adjective ‘harmonious’ are quite relevant, especially for the Parts in which they are allocated.

Part IV - Directive Principles, Policies and Responsibilities of the State

50. Directive Principles

[...]

(2) It shall be the socio-cultural objective of the State to build a civilized and egalitarian society by ending all forms of discrimination, oppression and injustice based on religion, culture, cultural practices, customs, traditional practices, or on any other grounds; develop socio-cultural values based on national pride, democracy, people orientation, dignity of labor, entrepreneurship, discipline,

dignity and tolerance, by respecting cultural diversity and maintaining communal harmony, solidarity and amity.

The choice to set this reference in Part IV of the Constitution implies the possibility for the enforcement of such provision.

The Parts of the Constitution devoted to the recognition of fundamental rights and to the state policy highlight the importance of the “new attitude” of the state towards diversity and harmonious relations:

Part III – Fundamental Rights and Duties

17. Right to Freedom

(2) Provided that,

1. Nothing in section (a) shall be deemed to prevent the making of an Act to impose reasonable restrictions on any act which may undermine the nationality, sovereignty, independence and indivisibility of Nepal, or federal units, or jeopardizes the harmonious relations subsisting among the people of various caste, ethnicity, religion, or communities, or incites racial discrimination, or untouchability, or disrespects labor, or any act of defamation, or contempt of court, or an incitement of offence, or is contrary to decent public behavior or morality.

2. Nothing in section (b) shall be deemed to prevent the making of an Act to impose reasonable restrictions on any act which may undermine the nationality, sovereignty, independence and indivisibility of Nepal, or jeopardize the harmonious relations between federal units, or public law and order situation.

3. Nothing in section (c) shall be deemed to prevent the making of an Act to impose reasonable restrictions on any act which may undermine the nationality, sovereignty, indivisibility of Nepal, or an act of espionage against the nation, or disclosing national secrets, or helping foreign state or organization that may jeopardize Nepal’s security, or an act of treason, or an act that undermines the harmonious relations subsisting between federal units, or instigates communal animosity, or jeopardizes the harmonious relations subsisting among different caste, ethnicity, religious groups and communities, or an act of acquiring or depriving the membership of a political party only on the grounds of caste, language, religion, community or gender, or the formation of a political party that creates discrimination against citizens, or an act that incites violence, or is contrary to decent public behavior.

4. Nothing in section (d) shall be deemed to prevent the making of an Act to impose reasonable restrictions on any act which may undermine the nationality, sovereignty, indivisibility of Nepal, or an act of espionage against the nation, or disclosing national secrets, or helping foreign state or organization that may jeopardize

Nepal's security, or an act of treason, or an act that undermines the harmonious relations subsisting between federal units, or instigates communal animosity, or jeopardizes the harmonious relations subsisting among different caste groups, ethnicity, religious groups and communities, or an incitement of violence, or an act which is contrary to public morality.

5. Nothing in section (e) shall be deemed to prevent the making of an Act to impose reasonable restrictions on any act which may undermine the interest of the general public, or the good relations between federal units, or the harmonious relations subsisting among various caste groups, ethnicity, religious groups or communities, or an act of committing crime or violence, or inciting such acts.

19. Right to Communication

Provided that nothing shall be deemed to prevent the making of laws to impose reasonable restriction on any act which may undermine the nationality, sovereignty, and indivisibility of Nepal, or the good relations between federal units, or jeopardizes the harmonious relations subsisting among different caste groups and tribes, or communities, or an act of treason, or defamation of social dignity of individuals through the publication and dissemination of false material, or contempt of court, or material that incites criminal offence, or an act that is contrary to decent public behavior and morality, or disrespects labor, or incites untouchability or gender discriminations.

Part IV - Directive Principles, Policies and Responsibilities of the State

51. State Policies

The State shall pursue the following policies:

1. [...]

b. Policies regarding political and governance system:

[...]

6. Expanding and developing a harmonious and cooperative relations between federal units through partnerships in the management of resources and means, administration and responsibilities.

[...]

c. Policies regarding social and cultural transformation:

1. Building a society based on harmonious social relations by developing a healthy and civilized culture.

The section of the Constitution of Nepal devoted to the recognition of fundamental rights and duties seeks to introduce new forms of legal protection of freedoms, in spite of some specific exceptions. Amongst the constitutionally established limits, Art. 17 seems to be a "mantra-limit" due to its repetitiveness within the Nepalese con-

stitutional text, emphasising two necessary elements for the implementation of rights and, by contrast, for the adoption of legislative acts that could affect fundamental rights: i) the rationality and ii) the harmony of relations. First of all, the concept of ‘rationality’, recognised also throughout Western legal tradition, provides for a limit to the political power’s discretion, imposing the necessary balance of collective and individual interests in the case of legally imposed restrictions. The second limit, namely the one based on ‘harmony’, refers to interconnected facets of human relationships within a society: this principle would potentially apply to all human and legal concerns, representing the real “centre of conscience” of the Nepalese Constitution. For instance, the concept of ‘harmony’ could refer to territorial units and to how much regional and local policies may affect the whole country, jeopardizing the “unity in diversity”. A further example could derive from an erroneous interpretation and implementation of positive actions aimed at favouring specific minorities, rather than others, leading to potential social conflicts. Another example of the pragmatic application of ‘harmony’ could regard the freedom of expression and opinion, in the case of attempts aiming at revising the very essence of the Maoist revolution or the democratic formula, pushing the masses to uncritically accept the return to the monarchy or to the previous political system.

The aforementioned three examples prove the potential pragmatic application and enforcement of the concept of ‘harmony’ within the public law space through three vectors: i) public and private, ii) vertical and horizontal, iii) individual and collective, in cases in which there is the risk of undermining the relations between local authorities, collective entities, and individual subjects.

6 Contextualising Harmony: Diversity and State-Building Choices

After the completion of the reconciliation following the Maoist revolution, the new Constitution of 2015 sought to primarily absorb the socio-economic and political outcomes of the long constituent process⁴⁵. The Federal Democratic Republic of Nepal challenges the classical concept of nation-state. As it was previously emphasised, the socio-cultural context is highly heterogeneous, presenting deep ethnic,

⁴⁵ Over sixty years, six Constitutions have been adopted: The Government of Nepal Act of 1948, the Interim Government of Nepal Act of 1951, the Constitution of the Hindu Kingdom of Nepal of 1959, the Constitution of Nepal of 1962, the Constitution of the Hindu Kingdom of Nepal of 1990, the Interim Constitution of Nepal of 2007. Cf. BHANDARI, *Self-Determination & Constitution Making in Nepal: Constituent Assembly, Inclusion, & Ethnic Federalism*, Singapore, 2014.

religious and linguistic differences that make the legal and constitutional apparatus an enticing conundrum⁴⁶. Thus, the contemporary history of Nepal has increased its complexity, revealing a dynamic state-building process on a transitional background: «(a) from monarchy to republic, (b) from authoritarianism to democracy and human rights, (c) from a hegemonic to a participatory system of governance, (d) from a state underpinned by one dominant religion to secularism, and (e) from a centralised unitary system to decentralisation and autonomy»⁴⁷.

The Nepalese state-building process clearly shows the close relationship between ethnicity and identity, as it is pointed out by the references to ethnic groups in the constitutional text, and the “harmony principle” could play a pivotal role in keeping together different claims and instances. To this extent, the revolutionary instances of participation, representation and power-sharing were the foreseeable consequences of the instrumental use of cultural diversity. As Yash Ghai affirmed in *Ethnicity, Identity, Participation and Social Justice: A Constitution for New Nepal*⁴⁸, the relationship between ethnicity and state structure in multi-ethnic realities leads to the identification of two models: i) *liberal state*, which tends not to recognise diversities, considering people as citizens having the same rights and obligations; ii) *ethnic-based state*, i.e. state based on the political recognition of ethnic groups as *bearers of rights*. The latter group can be further divided into two sub-groups: 1) *the hegemonic state*, in which an ethnic-caste group prevails over the others; 2) *consociational state*, characterized by consensual activity, power-sharing and proportionality in representative offices.

Nepal moved from an *ethnic-based hegemonic state* to a *consociational state* after the entry into force of the Constitution of 2015, emphasising a further shift towards an inclusive approach under liberal standards. The new Constitution tries to ensure the necessary participation in the political process also through positive actions, in order to achieve substantial equality and social justice; accordingly, ethno-caste elements became a prerogative for the identification of categories of subjects.

⁴⁶ For a study on the influence of the cultural features and the state building process see GHAI (ed.), *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-Ethnic States*, Cambridge, 2000; AMIRANTE, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell’Unione Indiana*, Bologna, 2014.

⁴⁷ GHAI, *The old order is dying, the new order is not yet born: Politics of constitution demolishing and constitution building in Nepal*, cit., p. 369 f.

⁴⁸ GHAI, *Ethnicity, Identity, Participation and Social Justice: A Constitution for New Nepal*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2011, III, 18, p. 309 ff.

7 Conclusion. Semantics and/or Legal Effects? Harmony within Multiculturalism and Interculturalism

The 2009 constitution of Bolivia addresses the concept of harmony in a multidimensional way, stressing the Eurocentric—and colonial—view of “one nation, one State”. Through a bottom-up approach, indigenous claims found their place within the legal framework, fostering an epistemological turn based on native traditions. In doing so, the Bolivian experience is developing interesting features for comparative constitutional law debates: i) an inclusive legal framework, sympathetic towards autochthonous demands; ii) the implementation of pluralistic forms of legitimation, also based on ethnic factors; iii) the establishment of social-rights oriented political institutions, favoring the quest for social justice; iv) the continuous and vibrant dialogue between Western legal concepts and local traditions/values; v) the increasing prominence of the concept of *vivir bien* (*suma qamaña*) and of the “just and harmonious society”; vi) plurinationalism, and vii) intercultural education and dialogue to foster the democratic participation of marginalized groups.

Beyond the question of whether Nepal can be considered a state having a multicultural milieu, and in spite of the process of Hinduisation/Nepalisation and the narrative of a culturally homogeneous society⁴⁹, Nepalese pluralism is still based on linguistic, class, caste, ethnic and religious factors⁵⁰. The existence of differences and minorities also imply the establishment of diverse traditions and customs based on the link with a specific ethnic-cultural group. To this extent, multiculturalism is a feature of the Nepalese society, even if there is extensive religious uniformity. Thus, the constitutional structure is grounded – entirely or in an emergent phase⁵¹ – on a series of political-legal factors: a) the awareness and the attachment to more than one culture; b) the state recognition and support for different cultural identities; c) the *de jure* asymmetric federal system; d) the multi-

49 LOUISE BROWN, *op. cit.*

50 Cf. CENTRAL BUREAU OF STATISTICS, *op. cit.*; LOUISE BROWN, *op. cit.*; HANGEN, *Creating a “New Nepal”: The Ethnic Dimension*, Washington, 2007; BHANDARI, *op. cit.*; GHAI, *The old order is dying, the new order is not yet born: Politics of constitution demolishing and constitution building in Nepal*, cit.; TOBA, TOBA, RAI, *Diversity and Endangerment of Languages in Nepal*, Kathmandu, 2005. See also VIOLA, *Lingua e diritto nella Costituzione nepalese del 15 settembre 2015: “diversità non discordante” e Stato multiculturale*, cit.

51 The adjective “emergent” has been adopted to underline that the Nepalese political-legal system is the result of a revolution that has profoundly changed the state in really recent times. The contemporary change has involved every single aspect of the Nepalese state and society. Thus, constitutional features of the Nepalese state are quite recent, so it is not possible to properly assess their stability and effectiveness. To this extent see BHANDARI, *op. cit.*; JHA, *Battles of the New Republic: A Contemporary History of Nepal*, London, 2015.

party system based on democratic principles; e) the establishment of autonomist political groups that may govern state units – and, at the same time, be part of federal coalitions; f) the multiple but complementary identities; g) the society’s growing ‘empathy’ for institutions⁵². Within this framework, the constitutional provisions dealing with the concept of “harmony” sketch a constitutional principle, addressed to the competent courts in order to guarantee the enforcement of such provisions and fundamental rights. Moreover, such attitude could foster the enforcement of the “harmony principle” in all political-legal activities, whether addressed to the territorial organization, to collective interests’ groups, to private individuals, combining the three concepts of proportion, reasonableness and harmony.

Is there a proper space for “harmony” within multicultural and/or intercultural societies? Whether there could be such space is a political matter in which the constitutional–or legal–field plays a functional role, often balancing the supposed multiculturalism’s illiberality and relativism with the interculturalism’s propensity to foster the protection of individual rights⁵³.

However, despite the aforementioned political approaches, post-modern times stress the crisis of categorization⁵⁴, even leading to paradoxes nurtured by «the paradigmatic couple [...] globalization/multiculturalism»⁵⁵. As Domenico Amirante suggests, «in the era of globalization there is increasing awareness of the fact that multicultural practices are not experiences limited to states that attract major immigration (i.e. United States and, above all, Canada, the cradle of the doctrine of multiculturalism), but a widespread phenomenon, involving many developing countries and Europe (as the place of origin of the modern monocultural nation-state)»⁵⁶. To this extent, as Claude Karnoouh points out, «[t]he notion of interculturality modulating relations among people living in different countries must be complemented by the notion of multiculturalism dealing with new modes

52 STEPAN, LINZ, YADAV, *op. cit.*

53 MEER, MODOOD, *Interculturalism, Multiculturalism or Both?*, in *Political insight*, 2012, III, 1, p. 30 ff. See also PAREKH, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, London, 2000; TAYLOR, *The politics of recognition*, in GUTMANN (ed.), *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton, 1992, p. 25 ff.; MODOOD, *Multiculturalism: A Civic Idea*, Cambridge, 2007; MEER, *Citizenship, Identity & the Politics of Multiculturalism*, London, 2010.

54 CHIN, *Interculturalism, Postmodernism, Pluralism*, in *Performing Arts Journal*, 1989, XI, 3, p. 163 ff.; LYOTARD, *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*, Minneapolis, 1984.

55 KARNOOUH, *Logos without Ethos: On Interculturalism and Multiculturalism*, in *Telos*, 1998, CX, p. 123.

56 AMIRANTE, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell’Unione Indiana*, cit., p. 27.

of socialization at the heart of the most advanced countries»⁵⁷. In this scenario, «national societies are breaking up into various socio-cultural groups co-existing harmoniously. This state of affairs must also be seen as the end of white, European monoculturalism»⁵⁸.

The crisis of European - and Global North - monoculturalism shows the need for a postmodern and critical approach to the general theory of the state, suggesting the theoretical, as well as pragmatic, importance of “new” experiences that are accustomed to deal with pluralism, in which diversity is the founding myth⁵⁹ of the socio-legal arrangement (as in the cases of Bolivia and Nepal). Thus, interculturalism does not dilute multiculturalism, but offers a different paradigm for (re)thinking about the correlations among diversity, society, state and the legal/constitutional fields⁶⁰.

Another key-question is whether multicultural and intercultural approaches contrast with each other or the second one is «merely an ‘updated version’ of multiculturalism»⁶¹. As Meer and Modood highlighted, the reply to this question is a straight “no”, although «advocates of interculturalism wish to emphasise its positive qualities in terms of encouraging communication, recognising dynamic identities, promoting unity and challenging illiberality, each of these qualities already feature (and are on occasion foundational) to multiculturalism too»⁶². Moreover, «until interculturalism as a political discourse is able to offer an original perspective, one that can speak to a variety of concerns emanating from complex identities and matters of equality and diversity in a more persuasive manner than at

57 C. KARNOUOH, *op. cit.*, p. 123.

58 C. KARNOUOH, *ibidem*.

59 Cf. VIOLA, *Democrazia, violenza e movimenti rivoluzionari nel Global South*, in *DPCE Online*, 2, 2016, p. pp. 89 ff.

60 Cf. ABDALLAH-PRETCEILLE, *Interculturalism as a paradigm for thinking about diversity*, in *Intercultural Education*, 2006, XVII, 5, p. 482: «This new emerging anthropological paradigm remains paradoxically ignored in favour of a systematic recourse to a cultural anthropology which is often confused with one of its derivatives, that is, culturalism, owing to the excessive attention given to the variable of culture. By abandoning the conceptual paradigm of culture and cultural spheres, it is the fractures, the differences, the hybrids, and the crossings which carry meaning (Abdallah-Pretceille, 1996). Appadurai (1996) suggests: ‘think of the configuration of cultural forms fundamentally as fractals, that is to say, without boundaries, structures or Euclidean regularities’, combining them at once with their overlaps and similarities. The intercultural paradigm is one of these paths attempting hybrid, segmentary and heterogeneous thinking».

61 LENTIN, *Replacing ‘race’, historicizing the ‘culture’ in the multiculturalism*, in *Patterns of Prejudice*, 2005, XXXIX, 4, p. 394; MEER, MODOOD, *How does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?*, in *Journal of Intercultural Studies*, 2011, XXXIII, 2, p. 175 ff.

62 MEER, MODOOD, *How does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?*, *cit.*, p. 192.

present, it cannot, intellectually at least, eclipse multiculturalism»⁶³.

On plural identity, Ted Cantle suggests that the process of development of such state of facts «is often presented as a threat to notions of community and cultural solidarity. But plural identities do not necessarily entail the weakening of established forms, and can sit alongside each other»⁶⁴, as also many Asian and Latin American experiences demonstrate. According to the same author, «the development of more plural identities – a process which is inherent in globalisation and diversity – should be viewed much more positively, as it greatly increases the possibilities for peace, tolerance and cohesion, by building relationships across many divides»⁶⁵. Issues remain on whether such attitude is currently an effect of (domestic or external) “ethnic implants” that demand for constitutional recognition, especially during state-building phases far from the old-fashioned narrative of the nation-state.

To the aforementioned deductions, we should add that pluralism and autochthony are quite common elements to the concept of the intercultural state. Unlike some Latin American experiences, in Nepal and in other South Asian countries⁶⁶ the creolization of values occurs on different levels. To grasp with these hypothesis, two levels of ‘sociality’ can be distinguished: 1) of the ‘private sphere’ within a specific and modest community, merely based on cultural tradition; 2) of the ‘public sphere’, as a projection towards a wider space, comparable to the state in legal and political terms. In the first case, namely private sociality, the individual follows values, principles and

63 MEER, MODOOD, *How does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?*, cit., p. 192. On this account, Geoffrey B. Levey poses a semantic problem of “distinction without a difference”, offering another perspective to think about these two cultural approaches, in fact, «what matters is that the term ‘multiculturalism’ has become so mired in controversy and is so maligned in public debate that its semantic capital, as it were, has been spent», thus leading to a ‘political dynamic’ that is «driving much of the current fascination with interculturalism and post-multiculturalism. Previously, I have suggested that ‘interculturalism’ is just as semantically problematic as multiculturalism, since both terms conjure images of culturalism ruling the roost [...]» (LEVEY, *Interculturalism vs. Multiculturalism: A Distinction without a Difference?*, in *Journal of Intercultural Studies*, 2012, XXXIII, 2, p. 233. On the same aspect, Michel Wieviorka stresses that «multiculturalism is a concept that can and must be re-enchanted, while interculturalism functions at a much less sophisticated level, and a much less political one for us to be able to assert that it can act as a substitute. At the most, it may be possible to envisage it as complementary» (WIEVIORKA, *Multiculturalism: A Concept to be Redefined and Certainly Not Replaced by the Extremely Vague Term of Interculturalism*, in *Journal of Intercultural Studies*, 2012, XXXIII, 2, pp. 225-231). See also TAYLOR, *Interculturalism or multiculturalism?*, in *Philosophy & Social Criticism*, 2012, XXXVIII, p. 413 ff.

64 CANTLE, *National Identity, Plurality and Interculturalism*, in *The Political Quarterly*, 2014, LXXXV, 3, p. 312.

65 *Ibid.*

66 VIOLA, *Costituzionalismo autoctono. Pluralismo culturale e trapianti giuridici nel subcontinente indiano*, cit.

rules established over time and subject to social control. These values, principles and norms are valid and effective because they are legitimized both endogenously and exogenously within a community's territory. In spite of the absence of an extensive bureaucratic organization, the direct legitimation is recognized and enforced by the community itself (due to the subjects' proximity).

The public sphere concerns a wider space than the private one, in which values, principles and rules of the private sphere are "eclipsed" by those of the legal system, finding their form of legitimation mainly through an exogenous imposition.

Cases of public sociality nurture cultural creolization, while in the private one there could be syncretic endeavours dealing with (ancient) traditions. The key-element between these two approaches is based on the failure of a reductionist approach aiming at breaking up the private sociality's cultural core, favouring the public one. Therefore, the cultural amalgam – essential feature of the intercultural state – would appear to be the connotation of a "*Façade Intercultural State*", rather than the common, conscious and genuine product of a single culture that «*se construye a través de la interpretación de los derechos en sentido intercultural, bajo la elección del individuo, prescindiendo de una relación numérica de mayoría-minoría*»⁶⁷.

Although there are currently "really shy" intercultural legal efforts in Nepal and in South Asia, the different forms of constitutionalism developed in Bolivia and in Latin America offer numerous ideas for further comparative inquiries. This exploratory pathway could thus expose additional studies on the correlation between pluralism and autochthony in the light of possible simultaneous identity on the ground of harmonious relations, opening a wide range of epistemological questions regarding multiple identities, as well as multicultural and intercultural arrangements of the states⁶⁸.

⁶⁷ BAGNI, *Estudio introductorio sobre el deslinde conceptual del Estado intercultural*, in BAGNI (coord.), *El Estado intercultural: ¿Una Nueva Eutopía?*, Bologna, 2017, p. 11.

⁶⁸ JACOBSON, *Constitutional Identity*, Cambridge, 2010. See also FRANKENBERG, *Stranger than Paradise: Identity and Politics in Comparative Law*, in *Utah Law Review*, 1997, II, p. 259 ff.; ROSENFELD, *Constitutional Identity*, in ROSENFELD, SAJÓ (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 756 ff. For further interdisciplinary approaches see PRADHAN, *Simultaneous identities: ethnicity and nationalism in mother tongue education in Nepal*, in *Nations and Nationalism*, 2019, XXV, 2, p. 718 ff.; PRADHAN, *Simultaneous Identities: Language, Education, and the Nepali Nation*, Cambridge, 2020; cf. BAKHTIN, *The Dialogic Imagination*, Austin, 1981.

Papers

Declinazioni nuove di problemi antichi: l'impatto della digitalizzazione sul mercato del lavoro e le perduranti incerte risposte del sistema di sicurezza sociale

Chiara Garbuio

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Abstract The paper investigates how the influence of new technologies on labour relations is also reflected in the Italian social security system. After a trend to universalization of the area of social security which began a few decades ago, the legislator, also following European indications, has to implement welfare provision, first of all the basic income, in order to guarantee a free and dignified existence even to the workers of the platforms. But it is necessary to figure out what characteristics such a measure should have to help poor workers to leave the cage of precariousness.

Keywords Social security system. Working poors. Digital Platforms. Umbrella companies. Basic income.

Sommario 1 Il sistema di sicurezza sociale: la polarizzazione tra previdenza e assistenza. – 2 L'avvento delle tecnologie e la persistenza di antiche criticità. – 3 Il lungo percorso inconcluso della previdenza verso l'universalizzazione delle tutele. – 4 Le proposte specifiche per i lavoratori digitali: le *umbrella companies*. – 5 Quando la previdenza non basta, deve intervenire l'assistenza. – 6 Misure assistenziali e lavoratori (poveri) digitali: quali prospettive per un sostegno davvero efficace?



Edizioni
Ca' Foscari

Open access

© 2020 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



Citation Garbuio, C. (2020). "Declinazioni nuove di problemi antichi: l'impatto della digitalizzazione sul mercato del lavoro e le perduranti incerte risposte del sistema di sicurezza sociale". *Ricerche giuridiche*, 9(1), 53-70.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2020/01/003

53

1 Il sistema di sicurezza sociale: la polarizzazione tra previdenza e assistenza

Il sistema di sicurezza sociale italiano fonda le sue radici sulle disposizioni previste dall'art. 38 della Carta costituzionale, il quale, statuito un principio assistenzialistico per la generalità dei cittadini in stato di bisogno e inabili ai commi 1 e 3, chiarisce, sulla base di uno schema più marcatamente previdenziale, che la categoria dei lavoratori gode di tutele ulteriori, essendo protetta dal rischio di malattia, infortunio, invalidità, vecchiaia e ricevendo un sostegno economico in ipotesi di disoccupazione involontaria.

Questa polarizzazione delle tutele trova ragione nell'impostazione bismarkiana della nostra protezione sociale che, a differenza di quella di stampo Beveridge in cui, mediante la fiscalità generale, viene garantito un livello minimo di protezione e benessere a tutti i cittadini indipendentemente che questi rivestano determinate caratteristiche o qualità, protegge primariamente il lavoratore in quanto soggetto qualificato che, versando i contributi previdenziali, può godere delle corrispondenti prestazioni sociali.

Nell'idea del legislatore costituzionale, il versante assistenziale della sicurezza sociale avrebbe dovuto essere del tutto residuale, posto che il lavoro e il principio lavorista alla base del tessuto sociale, politico ed economico, consentivano a ogni cittadino di esprimere la propria personalità e di partecipare alla vita del Paese¹. Tant'è

Il presente contributo rappresenta la versione aggiornata e integrata del *paper* presentato in occasione del convegno *Le (in)certezze del diritto* (Università degli Studi di Trento, 17-18 gennaio 2019).

1 Il lavoro, che campeggia all'art. 1 come posto a fondamento della Repubblica, viene valorizzato nei due articoli successivi di modo che lo Stato si impegna a riconoscere e garantire al singolo e alle formazioni sociali una piena esplicazione della personalità e al contempo a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitando libertà e uguaglianza, possano impedire lo sviluppo pieno della persona umana e la partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione del Paese. La consacrazione, poi, del lavoro avviene non solo ad opera del successivo art. 4 che ne garantisce il diritto e ne ricorda il dovere, ma anche attraverso le disposizioni del titolo III relativo ai rapporti economici: il lavoro è tutelato in tutte le sue forme e applicazioni e viene curata la formazione dei lavoratori (art. 35); si sancisce il diritto ad una retribuzione proporzionata a quantità e qualità del lavoro svolto e comunque sufficiente a garantire un'esistenza libera e dignitosa (art. 36); si tutela il lavoro minorile e si sancisce la parità di trattamento retributivo tra uomini e donne (art. 37) e la tutela previdenziale (art. 38). Il lavoro è centrale, dunque, non solo perché attraverso esso ognuno può esprimere la propria profonda personalità, ma soprattutto perché, in netta contrapposizione con le costruzioni sociali precedenti fondate sul censo e sui privilegi connessi, è lo strumento per affermare il proprio valore, le proprie ambizioni, i propri progetti. Per un approfondimento v. G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Torino, 2013; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, 1954, p. 148 ss., ripubblicato in L. GAETA (a cura di), *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura*, Milano, 2005; R. SCOGNAMILIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, Milano, 1978.

che, pur non potendo assurgere a diritto soggettivo di ottenere un posto di lavoro, il diritto al lavoro di cui all'art. 4 Costituzione imponeva (e impone) alla macchina statale di promuovere un più elevato livello possibile di occupazione. Pertanto, se il lavoro avrebbe dovuto rappresentare lo strumento di redistribuzione di ricchezza e il mezzo per lo sviluppo personale e sociale, il sistema di previdenza sarebbe intervenuto eventualmente per proteggere dai quei rischi che l'art. 38 co. 2 individua e, in ultima analisi, il sistema assistenziale, di cui al primo e terzo co. dell'art. 38, sopraggiunto come *extrema ratio*, tutelando le ipotesi lasciate scoperte dalle logiche mutualistiche-assicurative.

Secondo il pensiero dei Costituenti la piena occupazione doveva essere assicurata dall'implementazione del diritto al lavoro di cui all'art. 4 della Costituzione. A efficaci politiche di collocamento si aggiungeva da un lato il ruolo miliare assegnato all'impresa², quell'impresa florida del Secondo Dopoguerra che garantiva lavoro stabile e duraturo ai capifamiglia, dall'altro quello delle donne in seno all'ecosistema familiare, mogli e madri che provvedevano ai bisogni di cura e assistenza di tutto il nucleo³. Con riferimento a questo modello sociale, l'art. 38 si poneva dunque come salvaguardia del tutto residuale, in relazione tanto allo schema di cui al secondo co., quanto di quello delineato dal primo, poiché le regole giuslavoristiche, economiche e sociali sarebbero state da sole necessarie e sufficienti all'equilibrio dell'intero modello di sicurezza sociale.

Questo idealtipo già dalla fine dei Trenta gloriosi ha iniziato a mostrare però evidenti segni di instabilità che ha messo in seria crisi sia il modello previdenziale basato su logiche preminentemente assicurative sia quello assistenziale chiamato ad espandere il suo raggio d'azione⁴. Le regole della globalizzazione hanno imposto alle imprese logiche di massima produttività e al legislatore di intervenire con contratti di lavoro flessibili per poterla realizzare; dunque il posto fisso lungo tutto l'arco della vita professionale si è tradotto in percorsi spesso interrotti da periodi di inattività e in una successione di contratti a termine. Ed è stata contestualmente constatata non solo l'impossibilità di raggiungere una piena occupazione, ma una crescente disoccupazione che ha assunto le fattezze di un fenomeno patologico.

² P. BOZZAO, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Torino, 2005, p. 21.

³ S. GIUBBONI, *L'incerta europeizzazione. Diritto della sicurezza sociale e lotta all'esclusione in Italia*, WP CSDLE Massimo D'Antona n. 20/2003, p. 17.

⁴ F. RAVELLI, *Il sistema di sicurezza sociale italiano di fronte al problema della povertà: la questione del reddito minimo*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica: Questioni aperte e prospettive future*, Milano, 2018, p. 58; v. anche U. BECK, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro. Tramonto delle sicurezze e nuovo impegno civile*, Torino, 1999.

Questi rivolgimenti hanno dimostrato l'impotenza del modello previdenziale di costituire un ombrello abbastanza ampio da proteggere i nuovi lavoratori precari, da un punto di vista normativo e da un punto di vista economico. L'ingresso crescente, poi, delle donne nel mercato ha allargato la platea dei lavoratori⁵, ma ha progressivamente privato le famiglie del ruolo assistenziale che queste vi giocavano, imponendo allo stato una rimeditazione, non semplice, delle misure di welfare che aveva ad esse delegato e una implementazione di servizi di cura fino ad allora ritenuti non essenziali⁶. L'incapacità del sistema, polarizzato tra previdenza e assistenza, di fare fronte ai bisogni dei cittadini si è a mano a mano acuitizzata con l'espansione della frammentarietà e delocalizzazione della produzione aziendale e con il proliferare dei contratti flessibili, così come con l'espansione delle forme autonome di lavoro che, spesso utilizzate per mascherare veri e propri contratti di subordinazione, impedivano ai lavoratori di ricadere nell'alveo delle tutele previdenziali ad essa collegate.

Pur nella consapevolezza dell'esigenza di una riforma sostanziale e in senso universalistico, i governi sono intervenuti in maniera parziale, cercando di allargare le maglie della previdenza e abusando, in senso assistenziale, di istituti nati come emergenziali⁷. Sulla spinta delle iniziative comunitarie⁸, si iniziava viepiù a percepire come urgente la predisposizione di un reddito minimo destinato a chiunque si trovasse in stato di bisogno e non solo al lavoratore temporaneamente inattivo. Nel 1998 la Commissione Onofri, formata poco dopo l'insediamento del Governo guidato da Prodi nel preciso intento di riprogettare organicamente il sistema welfaristico nazionale, proponeva un universalismo selettivo⁹ in cui ad una rilettura degli ammortizzatori sociali allargati alla platea di tutti i lavori subordinati si accompagnava la predisposizione di un reddito minimo per l'inclusione attiva delle persone in stato di bisogno¹⁰.

5 Comunque flessibili e discontinui, data la frequenza di utilizzo del lavoro a tempo parziale e delle pause, anche non volontarie, dovute a maternità o alla cura della famiglia, cure anziani

6 L'apertura di asili nido ma anche il tempo pieno o i rientri nelle scuole dell'obbligo così come la predisposizione

7 Si pensi, ad esempio, alla reiterazione della Cassa integrazione straordinaria.

8 S. GIUBBONI, *L'incerta europeizzazione*, cit., p. 5 ss.

9 Vale a dire che il beneficio dovrebbe essere accessibile a tutte le categorie, ma sulla base della prova della necessità del sostegno.

10 Riferimento al passo che tratta di reddito di base

2 L'avvento delle tecnologie e la persistenza di antiche criticità

Trascorsi vent'anni dalle proposte della Commissione Onofri, ben poco è stato fatto per estirpare alla radice le criticità generate dalla proliferazione di forme flessibili di lavoro e dal conseguente abbassamento di protezione da esse concesso. Anzi, l'avvento delle tecnologie e degli strumenti digitali hanno acuito i problemi già latenti e ne hanno creati di nuovi.

In particolare, alla discontinuità e precarietà lavorativa, si è aggiunto un fenomeno nuovo e in costante crescita, quello dei *working poor*¹¹, cioè a dire soggetti attivi, impegnati in rapporti di lavoro, ma che percepiscono un reddito stimato inferiore alla soglia di povertà¹². E la *gig economy*, quel *facere* parcellizzato che per molti è divenuta l'unica fonte di (misero) reddito, non ha fatto che amplificare questa tendenza poiché è frequente che ci si approcci a quei "lavoretti" veloci e semplici da reperire sul web con l'intento di avere entrate supplementari o un primo assaggio del mercato del lavoro¹³, salvo poi rimanervi intrappolati per mancanza di valide alternative o perché si è perso il posto che assicurava il reddito sicuro e più sostanzioso.

Questo quadro allarma per due ragioni: da un lato la quarta rivoluzione industriale ha prodotto una decisa e generale spinta al ribasso del costo del lavoro, sicché vi si rimane intrappolati perché è difficile trovare qualcosa di altro che, anche se ci fosse, non offrirebbe condizioni e tutele così marcatamente migliorative¹⁴; dall'altro, ancora più alla radice, l'interprete prende brutalmente coscienza della incapacità del lavoro in quanto tale di fungere da viatico per quella esistenza libera e dignitosa che i Costituenti avevano immaginato e sul quale l'intero principio lavorista era stato edificato.

Se anni prima si era dovuta constatare l'illusorietà della piena occupazione, la precarietà attuale, che indiscutibilmente l'innovazione ha contribuito a consolidare, mette in crisi la funzione del lavoro e le tutele ad esso connesse attraverso un'impostazione previdenziale.

¹¹ F. RAVELLI, *Il sistema di sicurezza sociale italiano di fronte al problema della povertà*, cit., p. 60.

¹² Un rapporto del Cnel del 2014 mostrava come nel 2011, dopo l'acme della crisi economica, i lavoratori poveri autonomi fossero 756 mila, mentre quelli dipendenti fossero 2 milioni 75 mila.

¹³ B. CARUSO, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 146/2018, p. 17.

¹⁴ G.G. BALANDI, *La collocazione costituzionale degli strumenti di sostegno al reddito*, in *Lav. dir.*, 2018, IV, p. 579 vede nella precarietà la causa maggiore del fenomeno dei lavoratori poveri, intrappolati in una miriade di contratti temporanei in cui "si è realizzato il sogno del datore di lavoro di accendere e spegnere l'interruttore del lavoro senza sprecare neppure un secondo".

Questo è dunque il punto cruciale e di novità: che venendo meno l'autonomia reddituale conferita dal lavoro, il sistema di sicurezza sociale subisce un doppio scossone e, insieme ad una tendenza universalistica del sistema assicurativo, deve implementare anche strumenti di natura assistenziale indirizzati non solo a quanti siano completamente inattivi, ma viepiù a quanti nel lavoro non riescono a trovare autonomia¹⁵.

I problemi irrisolti, le incertezze del passato non sono più posticipabili e al legislatore, fatte le dovute considerazioni sul senso attuale del lavoro, spetta il delicato compito di elaborare un nuovo equilibrio tra previdenza e assistenza, che tenga insieme conto dei contorni costituzionali e delle esigenze mutate del lavoro (e dei lavori) e di conseguenza del welfare in generale.

3 Il lungo percorso inconcluso della previdenza verso l'universalizzazione delle tutele

Nonostante l'impianto assicurativo e categoriale del sistema di sicurezza sociale, nel tempo molteplici sono state le aperture per determinare un'estensione dei soggetti protetti, in particolare mediante un allargamento delle tutele, conferite inizialmente al solo lavoro subordinato, anche al lavoro parasubordinato e autonomo *tout court*. Il sistema ha dovuto in qualche modo reagire, infatti, all'esplosione dei lavoratori autonomi conseguente allo sviluppo del settore terziario, come già ricordato, già sul finire degli anni '70 dello scorso secolo. Il lavoro autonomo professionale è in progressivo aumento ed enormemente variegato al suo interno; alle tradizionali professioni ordinarie e ai soggetti non iscritti agli albi, con le possibilità offerte dal web e dalle nuove tecnologie, si aggiungono una miriade di lavoratori freelance altamente qualificati, formalmente non subordinati ma economicamente dipendenti, che hanno pesantemente patito le conseguenze economiche della crisi, hanno visto calare drasticamente i loro redditi - anche a causa di una spietata concorrenza - ma hanno pagato l'arretratezza di un sistema che non ha potuto garantire loro alcuna forma di tutela¹⁶.

Con la riforma cd. del Jobs Act del 2014 - e i successivi decreti attuativi negli anni immediatamente successivi - vi sono state delle decise aperture del sistema di protezione sociale con l'inclusione

¹⁵ Per G.G. BALANDI, *La collocazione costituzionale degli strumenti di sostegno al reddito*, cit., p. 575.

¹⁶ A. MORI, R. SEMENZA, *Il lavoro autonomo professionale, le sfide e le risposte istituzionali in Europa*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Milano, 2018, p. 81 ss.

nell'alveo delle tutele del lavoro subordinato di soggetti prima lasciati fuori, così come attraverso l'emanazione di disposizioni destinate a categorie prima non contemplate dal sistema previdenziale. In prima battuta il legislatore, con il d.lgs. n. 81/2015, ha esteso ai rapporti di collaborazione continuative caratterizzati da un'esecuzione organizzata dal committente la disciplina del rapporto di lavoro subordinato¹⁷. Pertanto l'etero-organizzazione è assurda ad espediente per dotare anche lavoratori autonomi di tutele che concernono non solo il sostanziale dispiegarsi del contratto di lavoro, ma altresì quello previdenziale - l'assicurazione pensionistica obbligatoria presso la Gestione separata dell'INPS, quella contro gli infortuni e le malattie professionali presso l'Inail, quella per il sostegno del reddito durante i periodi di inattività di cui si dirà a breve¹⁸.

E in effetti, mosso dall'intento di universalizzare le tutele, il legislatore del cd. *Jobs Act* ha esteso l'indennità di disoccupazione anche ai lavoratori con un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa con una misura inizialmente sperimentale e poi, successivamente, stabilizzata con la l. n. 81/2017 che ne ha esteso soggettivamente la portata¹⁹. La misura (Dis-coll) cristallizza i tentativi di un decennio, dal momento che il legislatore già a ridosso della crisi economica del 2008 aveva istituito in via sperimentale una misura di sostegno economico *una tantum* per il sostegno dei collaboratori coordinati e continuativi colpiti dalla contrazione di lavoro, prorogandola di anno in anno fino alla recente stabilizzazione. Pur prevedendo un'indennità più breve e meno sostanziosa di quella percepita dai lavoratori subordinati, la Dis-coll sostiene quei lavoratori non standard che, transitando da un rapporto di collaborazione all'altro, necessitano di un sostegno al reddito nei periodi di inattività.

L'intervento legislativo che segna un'apertura espressa dell'ordinamento ai mutamenti e innovazioni in atto è il cd. Statuto del lavoro

¹⁷ Art. 2 del d.lgs. 81/2015. Sul tema v. *amplius*, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 272/2015; O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Padova, 2016, p. 557 ss.

¹⁸ G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 278/2015, p. 24.

¹⁹ La legge 22 maggio 2017, n. 81 rubricata "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato" ha infatti esteso la portata della Dis-coll anche a dottorandi con borsa di studio e assegnisti di ricerca. La misura, in generale, tutela coloro che versano i contributi previdenziali alla Gestione separata dell'INPS e non hanno una partita Iva.

autonomo²⁰, emanato con la l. n. 81/2017, il quale introduce disposizioni per ampliare le tutele dei lavoratori autonomi non imprenditori e disciplina il lavoro agile. Invero, se quest'ultimo, pur rappresentando simbolicamente «l'ingresso, nell'universo normativo del diritto del lavoro, della rivoluzione digitale»²¹, declina il tradizionale lavoro subordinato nelle forme nuove che la rivoluzione digitale offre, la prima parte della legge, da un punto di vista squisitamente previdenziale, rappresenta un'indiscutibile novità. L'obiettivo dichiarato di «rafforzare le prestazioni di sicurezza e di protezione sociale dei professionisti iscritti agli ordini o ai collegi» viene perseguito mediante l'attivazione di previdenza complementare e di prestazioni sociali e socio-sanitarie in particolare per i professionisti che abbiano subito involontariamente un calo significativo del reddito ovvero siano stati colpiti da gravi patologie²². È possibile fruire del congedo parentale fino ai tre anni del bambino e per un periodo di astensione massimo di sei mesi, mentre la lavoratrice in gravidanza potrà continuare a lavorare senza sospendere l'attività pur percependo dall'INPS l'indennità di maternità²³. Inoltre si chiarisce che malattia e gravidanza sospendono l'attività (per un massimo di 150 giorni in un anno solare e senza diritto al corrispettivo) prestata in via continuativa per il committente, ma non estinguono il rapporto; in ipotesi, poi, di infortunio o malattia tanto gravi da impedire la prestazione di lavoro per più di 60 giorni, è sospeso il versamento dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi per un periodo massimo di due anni, decorsi i quali il lavoratore potrà rateizzare quanto avrebbe dovuto versare.

Benché le singole misure siano perfettibili, nel complesso dimostrano una prima, fondamentale presa di coscienza del legislatore delle necessità di natura anche welfaristica dei lavoratori autonomi, talvolta protetti dalla regolamentazione degli ordini di appartenenza, molto spesso lasciati senza armi per difendersi nelle sfide della quarta rivoluzione industriale.

20 Per un'analisi approfondita dello Statuto si rinvia a A. PERULLI, *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *RIDL*, 2017, I, p. 173 ss.

21 Così B. CARUSO, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, *op. cit.*, p. 15.

22 Art. 6 co. 1, d.lgs. n. 81/2017.

23 Art. 13 co. 1, d.lgs. n. 81/2017. Ai sensi poi dell'art. 18, l'indennità potrà essere percepita dal padre libero professionista nel caso di morte o grave infermità o abbandono della madre ovvero di affidamento esclusivo del bambino al padre.

4 Le proposte specifiche per i lavoratori digitali: le *umbrella companies*

Le misure sopra esaminate, tra loro eterogenee, afferiscono alla protezione sociale del novero dei lavoratori digitali nella misura in cui riescono a captarli: alle consuete difficoltà di estendere tutele oltre l'alveo della subordinazione anche e soprattutto con riguardo ai rischi di infortuni, di malattia, di involontaria e temporanea disoccupazione, le innovazioni digitali comportano accentuate criticità per il fatto di aver creato molteplici sottocategorie di lavoratori, difficilmente incasellabili nelle categorie esistenti o per aver trasformato in autonomi lavori che prima sarebbero rientrati a pieno titolo sotto la copertura offerta dal tetto della subordinazione. Pertanto, se le dilatazioni di tutele previdenziali recentemente poste in essere possono intercettare freelance, parasubordinati del web con un certo grado di competenze, professionisti che si servono delle piattaforme e dell'innovazione tecnologica per agevolare la loro attività²⁴, sono strumenti inefficaci a conferire un adeguato grado di protezione sociale ai lavoratori digitali occasionali, spesso poco qualificati, legati alle piattaforme da una successione di prestazioni di brevissima durata e lasciati alla mercè del mercato e della concorrenza spietata.

Sono fattorini, autisti o quanti mettono di volta in volta a disposizione le loro competenze a clienti reperiti attraverso le piattaforme digitali.

Il problema, invero, è sentito anche all'estero dove, per farvi fronte, da qualche tempo hanno iniziato a diffondersi le cd. *umbrella companies*, imprese create con l'obiettivo di costituire una protezione (un "ombrello") al lavoratore digitale, sostituendolo nello svolgimento delle pratiche amministrative e fornendo una copertura previdenziale²⁵. In sostanza i *digital workers* si legano alle *umbrella companies* mediante un (simulato) contratto di lavoro subordinato pur rimanendo a tutti gli effetti lavoratori autonomi; in quanto tali, si procacciano i clienti/committenti, ma si servono dell'impresa terza, cui lasciano una quota dei loro compensi, per godere di una garanzia alla continuità reddituale nell'eventuale ritardo nei pagamenti e un aiuto nella gestione burocratica dell'attività. In alcuni Paesi, in Belgio ad esempio, oltre alla funzione più squisitamente mutualistica, le *companies* hanno assunto le vesti di rappresentanti dei loro iscritti, riuscendo a negoziare, per conto di quelli, con le piattaforme che intermediano

²⁴ Ad esempio i così definiti *I-Pros*, *Independent Professionals*, lavoratori autonomi, senza dipendenti, che mettono al servizio la loro attività intellettuale anche attraverso e grazie la forza dell'innovazione, cfr. A. MORI, R. SEMENZA, *Il lavoro autonomo professionale, le sfide e le risposte istituzionali in Europa*, cit., p. 82.

²⁵ P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, p. 529.

e forniscono le prestazioni (nel caso del Belgio la piattaforma Delive-roo) un accordo che prevede alcuni benefit ulteriori oltre al compenso per ogni prestazione effettuata²⁶ e mantenere un rapporto dialogico con la piattaforma medesima al fine di garantire standard minimi di tutela sia durante l'attività di lavoro, sia in un'ottica previdenziale.

Con la proposizione di un disegno di legge nel corso della scorsa legislatura²⁷, il senatore Pietro Ichino ha tentato di importare in Italia il modello delle *umbrella companies* per rispondere alle impellenti necessità dei lavoratori autonomi mediante piattaforma digitale, che nascono soprattutto per due ordini di ragioni. La constatazione, infatti, che il lavoro tramite piattaforma abbia trasformato lavoratori che un tempo sarebbero stati inseriti in un contesto produttivo attraverso lo strumento della subordinazione in lavoratori autonomi, da un lato priva quegli stessi lavoratori delle tutele assicurative legate a quel tipo di contratto (disoccupazione, maternità, invalidità, infortunio, vecchiaia), dall'altro li libera di oneri burocratici che altrimenti sarebbero ricaduti sul datore di lavoro. Ferma restando l'impossibilità di applicare a rapporti di così breve durata (si pensi alla singola consegna o al singolo tragitto in auto) la disciplina assicurativa a protezione dei rischi, Ichino proponeva di interpolare il testo della recente legge n. 81/2017 cd. Statuto del lavoro autonomo con tre nuovi articoli per definire innanzitutto il *platform work*, il lavoro autonomo mediante piattaforma (17-bis)²⁸; istituire il «contratto di assistenza e protezione mutualistica» (17-ter), assicurare, in alternativa alla stipulazione di quel contratto, comunque forme minime di protezione (17-quater). La definizione di cui all'art. 17-bis è funzionale a delimitare il campo d'azione degli istituti descritti ai commi successivi, che rappresentavano il momento più innovativo. Attraverso il contratto di assistenza e protezione mutualistica si sarebbe conferita alle *umbrella companies*, senza ricorrere a contratti di lavoro subordinato simulati, di «svolgere per intero la funzione di ricostruzio-

26 Ad esempio un compenso minimo garantito a prescindere dal numero di prestazioni di lavoro eseguite, un contributo aggiuntivo oltre al compenso per l'uso dello *smartphone* con cui tenersi in contatto con la piattaforma e una somma per le eventuali riparazioni alla bicicletta, mezzo utilizzato per eseguire la prestazione di lavoro ovvero le consegne.

27 Il disegno di legge è stato presentato al Senato in data 5 ottobre 2017 e assegnato alla Commissione il successivo 20 dicembre dello stesso anno per poi ivi arenarsi.

28 Il disegno di legge lo definiva come quell'attività «svolta da prestatori di lavoro autonomo che, non essendo iscritti ad albi od ordini professionali e non essendo assoggettati a un regime di previdenza obbligatoria, offrono i propri servizi in rete mediante appositi siti specializzati e applicazioni, rispondendo di volta in volta alle richieste di servizi provenienti da uno o più committenti». Vi è in effetti chi ha rilevato un raggio di azione limitato di questa definizione che non riesce a ricomprendere la variegata molteplicità dei soggetti che si interfacciano professionalmente con le piattaforme, v. E. DAGNINO, *La regolazione giuridica del lavoro su piattaforma: una breve nota critica alla proposta Ichino, on line su bollettinoADAPT* del 9 ottobre 2017, n. 33.

ne della posizione giuridica del lavoratore autonomo con riguardo al suo interesse alla continuità del reddito e alle coperture previdenziali essenziali»²⁹. Nello specifico era data la possibilità ai lavoratori autonomi³⁰ di stipulare tale contratto con una società di capitali o cooperativa che avrebbe recuperato per conto del lavoratore i compensi derivanti dall'attività da esso prestata, per poi girarli al lavoratore in modalità tali da garantire continuità nella percezione del reddito. Dai compensi sarebbero state dedotte una quota di contribuzione previdenziale da destinare alla Gestione separata dell'INPS e all'INAL e un'altra, contrattualmente stabilita, per remunerare il servizio offerto dalla società. Qualora invece il lavoratore autonomo non avesse stipulato il contratto di assistenza e protezione mutualistica, avrebbe comunque potuto godere delle medesime tutele con il pagamento dei compensi dovuti attraverso la piattaforma informatica dell'INPS aperta dall'istituto per gestire le prestazioni occasionali e il pagamento delle medesime. Un decreto ministeriale avrebbe poi stabilito le modalità di coordinamento tra le piattaforme digitali e l'INPS e la parte di compenso che quest'ultima avrebbe dovuto trattenere per coprire la quota assicurativa contro vecchiaia, invalidità, infortuni e malattie professionali.

La proposta presentata da Ichino, dunque, prescindeva completamente da una puntuale analisi del rapporto tra piattaforma e lavoratore, ma, considerato questo un autonomo, si limitava a contemplare strumenti funzionali a garantirgli tutele previdenziali minime ma essenziali e per le quali, in effetti, l'apparato telematico costruito dall'INPS per la gestione delle prestazioni occasionali avrebbe potuto ben servire da tramite con le piattaforme e da garante della posizione contributiva del singolo lavoratore. Il contratto di assistenza e protezione mutualistica avrebbe potuto assolvere all'onere ulteriore di garantire dagli eventuali ritardi nella corresponsione dei compensi con un sistema triangolare in cui la società terza ne avrebbe attutito le conseguenze negative anticipandoli ai lavoratori, ma v'è da chiedersi, se legare la protezione dei lavoratori digitali all'attività di soggetti privati avrebbe comunque rappresentato la scelta più opportuna ed efficace; meglio sarebbe stato concentrare la discussione parlamentare sull'ipotesi di servirsi della piattaforma dell'INPS per garantire minime tutele previdenziali e reddituali, in guisa che fosse direttamente lo stato a erogarle.

29 Così nella relazione introduttiva al disegno di legge presentato il 5 ottobre 2017 al Senato.

30 Per gli appartenenti a categorie per le quali sia in vigore un regime di previdenza obbligatoria che avessero voluto servirsi del contratto di cui all'art. 17-ter, la società con cui il contratto sarebbe stato stipulato avrebbe provveduto successivamente a pagare i contributi all'ente previdenziale competente.

5 Quando la previdenza non basta, deve intervenire l'assistenza

Nonostante le innegabili spinte in senso universalista per intercettare un numero più ampio possibile di soggetti, il sistema previdenziale ne lascia privi di protezione sociale ancora una buona parte. Delle cause già si è detto, e anche di come l'economia delle piattaforme ne abbia portata con sé una nuova, quella cioè dei *working poor*, soggetti che pur lavorando, a causa della discontinuità di rapporti o del basso reddito percepito, si trovano in stato di bisogno³¹. Se il lavoro perde la sua funzione inclusiva, sociale ed economica, non possono che allargarsi le maglie del sistema assistenziale, secondo le linee dettate dalle Carte e dalle raccomandazioni sovranazionali ed entro i confini disegnati dalla Carta costituzionale³².

Del problema sono ben consapevoli quasi tutti gli stati europei, che da tempo infatti hanno dotato i loro ordinamenti di un reddito minimo garantito da erogare a quanti versino in stato di bisogno: le cifre sono variabili come la platea dei soggetti che ne possono beneficiare e le obbligazioni cui sono tenuti, ma nel complesso si pongono l'obiettivo di garantire a chi li riceve la possibilità di vivere dignitosamente e liberati dal bisogno.

In effetti il tema, oltre ad avere avuto un certo riscontro già nella Carta Sociale Europea nella versione aggiornata del 1998³³ e un'attenzione ancor più puntuale da parte dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro³⁴, echeggia nei documenti dell'Unione europea da oltre un ventennio, prima ancora che l'art. 34 della Carta di Nizza sancisse l'impegno della stessa Unione a riconoscere e rispettare il diritto all'assistenza sociale e abitativa al fine di garantire, a chiunque non disponga di risorse sufficienti, un'esistenza dignitosa e di lottare contro povertà ed esclusione sociale³⁵. Il Pilastro europeo dei

³¹ S. NADALET, *Sicurezza sociale per i lavoratori poveri e coordinamento delle tutele*, in *Lav. dir.*, 2018, IV, p. 633 ss.

³² Sul reddito minimo come misura necessaria *ex multis*, G. BRONZINI, *Il diritto a un reddito di base, il welfare nell'era dell'innovazione*, Torino, 2017; S. GIUBBONI, *Il reddito minimo garantito nel sistema di sicurezza sociale. Le proposte per l'Italia in prospettiva europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2014, II, 149 ss.; C. SARACENO, *Verso un reddito minimo per i poveri*, in *Politiche Sociali*, 2016, III, p. 509 ss.

³³ In particolare gli artt. 13 sul diritto all'assistenza sociale e medica e 30 che proclama il diritto alla protezione contro la povertà e l'emarginazione sociale.

³⁴ La quale già nella Raccomandazione n. 202/2012 invita tutti gli stati a garantire un reddito minimo per i soggetti in età attiva che non riescano a garantirsi un reddito sufficiente, v. F. RAVELLI, *Il sistema di sicurezza sociale italiano di fronte al problema della povertà*, cit., p. 73.

³⁵ Così al co. 3, art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Prima ancora era intervenuta la raccomandazione 92/441/CEE, così come, in maniera più esplicita sul punto, la risoluzione del Parlamento del 20 ottobre 2010 in cui si prendeva

diritti sociali recentemente proclamato da Parlamento, Consiglio e Commissione contiene un esplicito riferimento al reddito minimo, a garanzia di «una vita dignitosa in tutte le fasi della vita», così come all'accesso a beni e servizi per «chiunque non disponga di risorse sufficienti». Ma è rilevante sottolineare che «per chi può lavorare, il reddito minimo dovrebbe essere combinato con incentivi alla (re)integrazione nel mercato del lavoro»³⁶, come a ribadire che lo sviluppo sostenibile e il benessere sul territorio europeo passano imprescindibilmente, e nonostante «l'insicurezza economica e sociale»³⁷, ancora per la valorizzazione del lavoro in quanto strumento di inclusione e progresso. Il che offre uno spunto decisivo per leggere con occhi attuali le norme costituzionali di riferimento e per interpretare un dibattito che ormai nel nostro Paese ha assunto, anche giuridicamente, proporzioni enormi ma contorni sempre più fumosi.

In Italia il primo timido tentativo si è avuto ad opera del Jobs Act con l'istituzione dell'Assegno di disoccupazione (ASFI), misura rivolta a quanti avessero già percepito l'indennità di disoccupazione senza riuscire a ricollocarsi nel mercato del lavoro con successo. Non si trattava di un istituto assistenziale *tout court*, poiché si rivolgeva a soggetti che, pur in stato di bisogno, già avevano versato contributi previdenziali grazie ad un rapporto di lavoro³⁸. Il breve passaggio del Sostegno per l'inclusione attiva (SIA), un beneficio economico erogato a famiglie in condizioni economiche critiche e a condizioni tassative, è stato superato e sostituito da un istituto nuovo che, per la prima volta, ha disegnato un sistema organico di protezione sociale di tipo assistenziale, poiché slegato dalla contribuzione versata: il d.lgs. 15 settembre 2017, n. 147 recante le disposizioni per l'introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà, emanato in attuazione della legge 15 marzo 2017, n. 33, ha introdotto il Reddito di inclusione (REI) e abrogato gli istituti previgenti. Il REI presentava sì il carattere dell'universalità, ma temperata, poiché condizionata da un lato alla prova dello stato economico di bisogno e dall'altro «all'adesione a un progetto personalizzato di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa finalizzato all'affrancamento dalla condizione di povertà»³⁹ ed era costituito infatti, oltre che da un benefi-

atto dell'esigenza di garantire negli Stati membri regimi di reddito minimo attraverso prestazioni economiche e accesso agevolato a servizi.

36 Così il principio 14 inserito nella III parte dedicata alla protezione sociale e inclusione.

37 Così al punto 7 del Preambolo del Pilastro sociale.

38 Infatti veniva erogato a soggetti che avevano già esaurito la Naspi, l'assicurazione sociale per l'impiego, e che si trovavano in condizione economica di bisogno, per un massimo di sei mesi.

39 Art. 2, co. 2, d.lgs. n. 147/2017. La povertà è definita all'art. 1, co. 1, del medesimo decreto legislativo come «la condizione del nucleo familiare la cui situazione eco-

cio di tipo economico, anche da un pacchetto di servizi alla persona tarati sui bisogni dello specifico nucleo familiare coordinati dal Comune di residenza.

A pieno regime a decorrere dal gennaio 2018, la misura, con la Legge di Bilancio per il 2019, a partire dal mese di aprile è stata sostituita dal nuovo Reddito di cittadinanza (RdC) che da sempre ha rappresentato un punto miliare della campagna elettorale di una delle forze di maggioranza dell'attuale governo il quale, infatti, invece di perfezionare e affinare le potenzialità del REI, ha optato per una drastica sostituzione.

Disciplinato dal decreto legge n. 4/2019, convertito con modifiche dalla legge n. 26/2019, il RdC viene definito dal legislatore come una fondamentale misura di politica attiva del lavoro finalizzata a contrastare la povertà e potenziare l'inclusione sociale ma, al contempo, a implementare il diritto al lavoro, l'istruzione e la formazione. Il RdC, il cui ammontare è ben più cospicuo rispetto a quello previsto dal REI⁴⁰, prevede l'erogazione di un beneficio economico che si suddivide tra integrazione del reddito familiare e una somma a copertura totale o parziale del canone di locazione (o del mutuo) dell'abitazione in cui il nucleo risiede⁴¹. Può essere erogato per un massimo di diciotto mesi ed è rinnovabile, dopo una sospensione della durata di un mese, se persistono i requisiti che ne danno diritto in capo al nucleo richiedente. Chi ne voglia usufruire deve provare di trovarsi in stato di bisogno⁴², pertanto, al di là della nomenclatura che richiama il *basic income* (reddito di base)⁴³, a tutti gli effetti l'istituto in questione è un reddito minimo garantito: non si tratta, cioè, di una somma elargita incondizionatamente a tutti i cittadini, ma, ricalcando gli esempi di reddito minimo garantito presenti a livello europeo, di una misura destinata a nuclei familiari che vivono in condizioni di povertà, di cui forniscono prova, e che si rendono disponibili, a fronte della somma economica di cui sono beneficiari, a impegnarsi in percorsi di ricollocamento lavorativo o scolastico ovvero al reinseri-

nomica non permette di disporre dell'insieme di beni e servizi necessari a condurre un livello di vita dignitoso».

40 Se il ReI stanziava per la persona singola un massimo di 187, 50 euro fino a 539,82 euro nel caso di 6 o più componenti, il RdC parte da un minimo di 780 euro qualora il nucleo si componga di una sola persona, per arrivare ai 1.330 qualora, ad esempio, il nucleo familiare sia composto di tre adulti e due minorenni, secondo il parametro della scala di equivalenza.

41 Fino ad un massimo di 3.360 euro.

42 Vale a dire di avere un ISEE inferiore a 9.360 euro annui, un patrimonio immobiliare fino ai 30.000 (esclusa la prima casa di abitazione) e un patrimonio finanziario non superiore ai 6.000

43 Per una disamina del significato e delle declinazioni del reddito di base anche a livello internazionale v. S. Toso, *Il reddito di base: fondamenti teorici e problemi applicativi*, *Lav. dir.*, 2018, IV, p. 731 ss.

mento sociale⁴⁴. In base alle necessità acclamate dai centri per l'impiego, i soggetti beneficiari stipuleranno il Patto per il lavoro, dichiarandosi immediatamente disponibili a lavorare e a compiere attività di politica e ricerca di lavoro, ovvero il Patto per l'inclusione sociale, che coinvolge anche i servizi comunali e territoriali competenti per il contrasto alla povertà⁴⁵. La condizionalità, sulla carta, pare stringente e un tanto si evince dall'obbligo di accettare una delle tre offerte di lavoro proposte e di partecipare alle attività previste nel Patto, pena la perdita del beneficio economico. Quanto poi effettivamente questa condizionalità riuscirà ad incitare un atteggiamento propositivo dei beneficiari permettendo di non cadere nella trappola dell'assistenzialismo fine a sé stesso, ma di ricollocare l'individuo nel mercato del lavoro e nella società, non è ancora possibile dare conto, vista la ancora breve vita del RdC.

Per tornare alle recenti indicazioni europee, pare in fondo proprio questo il fine ultimo del reddito minimo quando viene erogato a soggetti in grado di lavorare, di rappresentare, cioè, una misura temporanea per il reinserimento lavorativo e come tale procedere necessariamente e contestualmente a solide ed efficaci politiche attive per la collocazione professionale⁴⁶. Alla medesima conclusione si deve pervenire se si ritiene ancora valido non tanto l'originario schema di sicurezza sociale nostrano che, come analizzato, ormai da anni sta subendo scossoni ed è in cerca di nuovi equilibri, quanto piuttosto l'importanza impreteribile da assegnare al lavoro, e al principio lavorista, sul quale la Repubblica si fonda. Se infatti l'art. 38 della Costituzione concede più ampie tutele ai lavoratori e a coloro, che potendo lavorare, siano oggettivamente impossibilitati a farlo a causa delle oggettive condizioni del mercato, allargando le maglie dell'art. 4 vi si possono inserire tra i lavoratori anche i laboriosi⁴⁷, coloro i quali siano alla ricerca attiva di lavoro e si impegnino per trovarlo. Solamente se subordinato al ruolo prioritario da conferire al lavoro può sopravvivere nel nostro ordinamento il reddito minimo

⁴⁴ V.C. DEL BÒ, *Il reddito di cittadinanza: uno sguardo diacronico sul dibattito e qualche considerazione sulla giustificabilità morale*, in *Lav. dir.*, 2018, IV, p. 712.

⁴⁵ Sotto questo aspetto il RdC ha ripreso quanto previsto dalla disciplina del ReI.

⁴⁶ F. SCUTO, *"Reddito minimo", contrasto all'esclusione sociale e sostegno all'occupazione tra Pilastro europeo dei diritti sociali e devoluzioni dell'ordinamento italiano*, in *Federalismi.it*, 2018, IV, p. 156.

⁴⁷ P. BOZZAO, *Poveri lavoratori, nuovi bisogni e modelli universalistici di welfare: quali tutele?*, in *Lav. dir.*, 2018, IV, p. 671.

6 Misure assistenziali e lavoratori (poveri) digitali: quali prospettive per un sostegno davvero efficace?

È proprio sulla valenza assiologica da attribuire al lavoro che le misure assistenziali devono essere costruite, se si considera il lavoro, benché digitale, discontinuo, tecnologico, precario, ancora centrale.

Il condizionale è d'obbligo visto che, anche nel dibattito che nei mesi precedenti ha accompagnato l'introduzione del RdC, il nodo della questione si è concentrato su quanti lo avrebbero percepito, per quanto tempo e in quale entità; mentre sull'aiuto personalizzato e sul percorso di ricollocamento poco si è detto e per lo più circoscritto alla fantomatica figura del *navigator*, quel tutor dai contorni ancora nebulosi che dovrebbe aiutare i beneficiari nella ricerca attiva di un lavoro, ma anche segnalare inadempimenti rispetto al Patto sottoscritto. L'attenzione è stata spostata poi a valle del discorso, su quelle tre offerte di lavoro che il percettore non deve rifiutare se non vuole perdere il sostegno economico. Ma se si vuole impedire ai lavoratori poveri di rimanere intrappolati dentro la gabbia della precarietà, le politiche attive di accompagnamento verso un nuovo lavoro, di formazione, di riqualificazione dovrebbero essere prioritarie. Viepiù se si considera che la somma massima di cui potrebbe beneficiare un soggetto, non si allontana molto da quella che lo stesso potrebbe percepire lavorando come fattorino o autista saltuariamente per le piattaforme, dunque spingendolo eventualmente a rinunciare anche a quelle attività, pur precarie⁴⁸.

La quarta rivoluzione industriale sta indubbiamente cambiando il mercato del lavoro con una velocità inaspettata che l'interprete e il legislatore faticano ad equiparare; mette in discussione le tradizionali categorie del diritto del lavoro; rischia di fagocitare posti e sostituire agli umani solo robot intelligenti. Ma a ben vedere tutte le rivoluzioni industriali che l'hanno preceduta hanno provocato in principio gli stessi scossoni e gli stessi squilibri e pare azzardato sostenere che la difficoltà del sistema di sicurezza sociale nostrano di offrire certezza e protezione ai nuovi lavoratori nasca dalla difficoltà di comprendere e assimilare il sostrato digitale in cui quelli si muovono. È invece frutto di incertezze legislative, e soprattutto aspirazionali, di alcune decadi: è il retaggio di interventi emergenziali che non hanno avuto quel piglio necessario e coraggioso di guardare oltre le categorie ormai sature, per offrire tutele previdenziali al lavoro in quanto tale e non solo a quello subordinato e ora che i *freelance*, i *I-Pros*, i *gig workers* affollano la rete, la mancanza di una solida protezione in favore del lavoro autonomo si fa sentire.

⁴⁸ F. SCUTO, "Reddito minimo", *contrasto all'esclusione sociale e sostegno all'occupazione*, cit., p. 175.

L'efficientamento dei servizi pubblici potrebbe essere un buon punto di partenza, da un lato perché come giustamente osservato⁴⁹, nei casi di bisogno temporaneo, permettono un accesso equo poiché slegato allo status di disoccupato o lavoratore, e in quest'ultimo caso, indifferentemente che si tratti di un rapporto subordinato o autonomo; dall'altro, perché, pensando nello specifico ai servizi per l'impiego, se come recentemente ricordato dal presidente del Cnel vi sono in Italia 100.000 posti di lavoro che attendono invano di essere ricoperti a causa del ritardo accumulato dal nostro Paese nella capacità di innovare e formare lavoratori competenti⁵⁰, allora, nel mettere a punto un istituto come il reddito minimo, dovrebbe essere indispensabile e prioritario non solo erogare una somma di denaro, ma contestualmente garantire a chi lo riceve un bagaglio di strumenti e capacità che riescano ad accompagnarlo nelle transizioni e finanche a renderlo autonomo.

Per non snaturare il dettato costituzionale e fare tesoro delle indicazioni europee le misure assistenziali, senza dubbio necessarie, non possono essere sconnesse dal lavoro; occorrono quindi servizi per l'impiego in grado di leggere i tempi, di supportare ogni tipo di lavoratore indipendentemente dal rapporto da cui proviene o al quale vorrebbe ambire, di stimolare sinergici percorsi formativi tra posti vacanti e soggetti inattivi, di guardare alle nuove tecnologie come possibilità di lavoro.

D'altra parte la recente esperienza francese ci dimostra che è possibile legare le tutele al soggetto, prescindendo dallo status del medesimo e tantomeno dal tipo di rapporto di lavoro: il diritto alla formazione, ad esempio, diviene un diritto universale di ciascuno, di cui godere in tempo di attività o inattività; un diritto che si ricarica e accumula non solo attraverso le ore di lavoro, ma anche con quelle di impegno civile svolte in favore della comunità⁵¹. Come ad indi-

49 V. FERRANTE, *A proposito del disegno di legge governativo sul contrasto alla povertà*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, III, p. 467, portando l'esempio del diritto all'abitazione, ritiene che la prestazione a titolo gratuito di beni e servizi andrebbe riscoperta «nella prospettiva di misure a favore delle famiglie, degli anziani, dei *working poors*, degli *homeless*».

50 Il prof. T. Treu, presidente del Cnel, ha sottolineato che è necessario «aumentare gli investimenti pubblici e privati nei settori innovativi dell'economia, nella formazione dei lavoratori e anche degli imprenditori poiché ad oggi la richiesta del mondo del lavoro non combacerebbe con quella che l'istruzione offre», poiché «il gap delle competenze è oggi un macigno sulla via della nostra competitività. Anche il mondo delle imprese è stato poco innovativo. Il ruolo dello Stato è mancato, e i privati ci hanno messo del loro» (*teleborsa.it*, 28 dicembre 2018).

51 Il riferimento è al *Compte personnel d'activité (CPA)* che, entrato in vigore nel gennaio 2017, permette di utilizzare alcuni diritti sociali, accantonati attraverso ore di lavoro o attività socialmente utili, durante tutto l'arco della vita professionale, quindi indipendentemente dallo status temporaneo del soggetto. In questo modo ognuno viene dotato di un conto personale di ore, di cui può servirsi quando ritiene opportuno per proteggere la propria professionalità o acquisire nuove competenze; v. *amplius*, C.

care che, benché complesso e ancora oscuro, è possibile, e forse inevitabile, un welfare costruito non più sulla cittadinanza industriale, ma su quella industriosa⁵².

WILLMANN, *Le compte personnel d'activité: être et avoir*, in *Droit social*, octobre 2016, p. 812; M. LAFARGUE, *La personne au centre des réformes sociales: le compte personnel d'activité*, in *Revue du droit sanitaire et social*, 2016, p. 358.

52 U. ROMAGNOLI, *Dalla cittadinanza industriale alla cittadinanza industriosa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, II, p. 565 ss.

Osservatorio

Tribunale di Modena, 10 marzo 2020, n. 352

Siracusano Giudice monocratico

Banca - Attività bancarie accessorie - Informazione commerciale - Promozione diamanti da investimento - Diligenza professionale - Obblighi di informazione

(Codice civile, artt. 1173, 1175, 1375, Codice del Consumo, artt. 20, 21, 22, 23, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, art. 10, co. 3)

L'obbligo del cui inadempimento i ricorrenti si dolgono è l'omessa informazione in ordine al fatto che il valore delle pietre acquistate non era (neppure lontanamente) pari al corrispettivo versato, tenuto conto dell'incidenza dei servizi pure elencati nelle condizioni di vendita, allegate alle proposte di acquisto, di cui Banca X verosimilmente aveva contezza, se doveva "segnalare" l'interesse del cliente a I.

Ad avviso del Tribunale, tale obbligo gravava su Banca X [...]

Seppure in ragione di titoli diversi (i contratti I./omissis; il rapporto Banca X/omissis, nella cui orbita funzionale hanno avuto modo di concludersi i primi), dunque, sia I. (ora fallita) sia Banca X erano obbligate a chiarire ai ricorrenti la circostanza della cui omessa comunicazione i predetti si dolgono nel presente giudizio.

(Omissis). - **MOTIVI DELLA DECISIONE** - Il Tribunale condivide la giurisprudenza di merito secondo cui il fondamento normativo della responsabilità della banca, nel caso di specie, deve ravvisarsi o nell'esistenza di obblighi di informazione e protezione in relazione ai quali il rapporto contrattuale tra banca e cliente si atteggia a mero presupposto storico (art. 1173 c.c.) o addirittura nel rapporto stesso, in



Open access

© 2020 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



Citation Iaia, V. (2020). "Attività bancarie accessorie, standard di diligenza e presidi informativi a tutela dell'investitore. L'obbligo di protective disclosure nella promozione dei diamanti da investimento". *Ricerche giuridiche*, 9(1), 73-100.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2020/01/003

73

quanto "l'attività di vendita di beni preziosi, a cui Banca X ha sicuramente contribuito, può ricondursi al novero delle attività connesse a quella bancaria che l'art. 8, co. 3, del d.m. Tesoro 6 luglio 1994 definisce come "attività accessoria che comunque consente di sviluppare l'attività esercitata", aggiungendo che: "A titolo indicativo costituiscono attività connesse la prestazione di servizi di: a) informazione commerciale [...]" (Tribunale di Verona 23 maggio 2019).

Quale che ne sia la ricostruzione che si ritenga preferibile, in entrambi i casi valgono le regole di riparto dell'onere probatorio in materia contrattuale, cosicché, a fronte dell'allegazione dell'inadempimento di un obbligo informativo, derivante dal contratto come tale o dal contratto come "contatto negoziale qualificato", avente per oggetto la decifrazione della reale presenza del valore dei diamanti nel prezzo complessivo, deve essere il soggetto sui cui grava quest'obbligo a dimostrare di averlo correttamente adempiuto.

Nel caso di specie, Banca X non ha chiesto di provare questa specifica circostanza e nega in radice che tale obbligo sussista. Tuttavia, il Tribunale ritiene di non poter condividere tale prospettazione, anche solo in base a ciò che emerge dalla documentazione in atti e a ciò che Banca X di fatto non contesta.

Anche ammettendo che l'attività svolta nel caso di specie da Banca X sia stata di mera "segnalazione" dell'interesse degli attori a I. e di "mero tramite" agli attori del materiale informativo di I., non è in discussione che:

1. "nella *brochure* in uso presso la filiale della Banca [...] campeggiava la seguente avvertenza "con riferimento all'investimento di cui al presente materiale divulgativo, le Banche svolgono un'attività di mero orientamento della clientela interessata; informazioni più approfondite in ordine all'investimento potranno essere richieste solo all'IDM a cura del cliente; la Banca non assume alcuna responsabilità in proposito, con particolare riferimento alle caratteristiche della pietra" (pag. 11 comparsa Banca X);
2. la famiglia S. "nell'ambito dell'ordinaria frequentazione di tale filiale, nei primi mesi del 2016..." apprendeva "...dal personale della Banca della possibilità di acquistare diamanti, prendendo visione nel materiale informativo predisposto da I., sinteticamente illustrato dalla dott.ssa A.B." (pag. 13 comparsa Banca X).

L'obbligo del cui inadempimento i ricorrenti si dolgono è l'omessa informazione in ordine al fatto che il valore delle pietre acquistate non era (neppure lontanamente) pari al corrispettivo versato, tenuto conto dell'incidenza dei servizi pure elencati nelle condizioni di vendita, allegate alle proposte di acquisto, di cui Banca X verosimilmente aveva contezza, se doveva "segnalare" l'interesse del cliente a I..

Ad avviso del Tribunale, tale obbligo gravava su Banca X, per le seguenti ragioni:

1. gli attori “erano già da molti anni clienti del Banco Popolare (già B.P.), presso la filiale di *omissis* (MO)” (pag. 13 comparsa Banca X);
2. l’interesse all’acquisto dei diamanti da parte della famiglia *omissis* è sorto nell’ambito dell’ordinaria frequentazione della filiale di *omissis*;
3. Banca X ha, evidentemente, sottoposto ai ricorrenti il materiale informativo, in cui si parla di “mero orientamento”; “a tale proposito, si osserva che, per quanto mero, l’orientamento implica la trasmissione di contenuti informativi minimi, poteva e doveva esserci l’avvertenza per cui il pacchetto che gli attori erano intenzionati ad acquistare non comprendeva solo le pietre e che, pertanto, il valore delle pietre era (di gran lunga) inferiore al bonifico;
4. “in particolare” l’istituto di credito non assumeva alcuna responsabilità in relazione alle “caratteristiche” della pietra; sotto questo profilo, si osserva che qui non si discute delle caratteristiche della pietra, ma del suo valore in relazione al corrispettivo pagato; se così è, a maggior ragione se Banca X stava valutando con i clienti le possibilità di utilizzo di un capitale, l’avvertenza in ordine al fatto che questo capitale, se si fosse proceduto all’acquisto, non sarebbe stato impiegato totalmente (ma neppure quasi totalmente) in diamanti, bensì in diamanti più altri servizi ivi comprese le remunerazioni per I. e l’istituto di credito, era doverosa in ossequio alla funzione di gestione, anche solo conservativa, del risparmio dei propri clienti che le banche assumono in generale e che nel caso di specie banco Banca X a suo stesso dire, stava esercitando nei confronti della famiglia X;
5. tale circostanza doveva essere comunicata agli attori perché era sicuramente nota a Banca X non foss’altro perché la predetta avrebbe percepito una provvigione inglobata nel prezzo d’acquisto delle pietre: il Tribunale di Verona ha evidenziato che “aveva un fortissimo interesse economico alla conclusione dei contratti di acquisto dei diamanti poiché da ciascuna transazione ricavava una consistente provvigione, pari a una percentuale del 18% dell’ammontare della operazione conclusa...”;
6. tale obbligo non potrebbe comunque dirsi assolto anche se fosse data risposta affermativa ai capitoli di prova Banca X, in quanto, anche ammettendo che il valore della pietra in proporzione al prezzo di acquisto fosse facilmente ricavabile dai cd. *leaflet e brochure*, chi assume la funzione di gestione del risparmio dei propri clienti non può esaurirla, sotto il

profilo informativo, mediante rinvio a fonti “terze”, ma deve semmai “fare proprio” il contenuto informativo di queste fonti, per soddisfare l'affidamento che il cliente ripone nella sua competenza;

7. per quanto occorre possa, nelle condizioni di vendita, clausola n. 6), si legge che la Banca “domiciliataria” non assume alcuna responsabilità in merito al contratto, che intercorre solo tra il proponente e I., ma ciò significa solamente che la banca non assume alcuna responsabilità solo in merito al contratto tra gli attori e I., non in merito al rapporto suo proprio con gli attori.

Seppure in ragione di titoli diversi (i contratti I./*omissis*; il rapporto Banca X/*omissis*, nella cui orbita funzionale hanno avuto modo di concludersi i primi), dunque, sia I. (ora fallita) sia Banca X erano obbligate a chiarire ai ricorrenti la circostanza della cui omessa comunicazione i predetti si dolgono nel presente giudizio.

Non essendo esclusa la solidarietà dalla diversità del titolo, i ricorrenti possono rivolgersi per l'intero nei solo confronti di Banca X e così in effetti hanno calibrato le loro conclusioni.

Sotto il profilo della quantificazione del danno, si osserva quanto segue.

Trattandosi, ad avviso del Tribunale, di un'ipotesi in cui la violazione dell'obbligo informativo è stata determinante per la conclusione dei contratti, il danno in via di principio è dato dall'intero esborso sostenuto in forza dei contratti che “è più probabile che non” che non sarebbero stati affatto stipulati se l'incidenza del valore dei diamanti sul prezzo complessivo fosse stato conosciuto dagli attori.

Pare potersi dire, infatti, che i contratti non si potevano stipulare a “condizioni diverse”, in quanto cifre inferiori avrebbero comunque comportato l'acquisto di diamanti del valore inferiore a quelle cifre e non è ragione di ritenere che, tramite una contrattazione caratterizzata da equilibrio informativo, si sarebbe giunti all'acquisto per un corrispettivo pari (o molto vicino) al valore del diamante.

Quindi gli attori non hanno nulla da provare circa il danno se non l'intera somma pagata in dipendenza dell'omissione informativa di Banca X che integra l'inadempimento degli obblighi scaturenti dal rapporto tra gli attori e Banca X.

L'assenza dei presupposti per una tutela caducatoria implica però che il valore, reale, dei diamanti, sia entrato nel patrimonio degli attori e possa essere qualificato in termini di vantaggio collegato all'illecito in applicazione della regola della causalità giuridica (SS.UU. sent. n. 12564/2018, ove si legge che “se l'atto dannoso porta, accanto al danno, un vantaggio, quest'ultimo deve essere calcolato in diminuzione dell'entità del risarcimento: infatti, il danno non deve essere fonte di lucro e la misura del risarcimento non deve su-

perare quella dell'interesse leso o condurre a sua volta ad un arricchimento ingiustificato del danneggiato. Questo principio è desumibile dall'art. 1223 c.c., il quale stabilisce che il risarcimento del danno deve comprendere così la perdita subita dal danneggiato come il mancato guadagno, in quanto siano conseguenza immediata e diretta del fatto illecito. Tale norma implica, in linea logica, che l'accertamento conclusivo degli effetti pregiudizievoli tenga anche conto degli eventuali vantaggi collegati all'illecito in applicazione della regola della causalità giuridica. Se così non fosse – se, cioè, nella fase di valutazione delle conseguenze economiche negative, dirette ed immediate, dell'illecito non si considerassero anche le poste positive derivate dal fatto dannoso – il danneggiato ne trarrebbe un ingiusto profitto, oltre i limiti del risarcimento riconosciuto dall'ordinamento giuridico. In altri termini, il risarcimento deve coprire tutto il danno cagionato, ma non può oltrepassarlo, non potendo costituire fonte di arricchimento del danneggiato, il quale deve invece essere collocato nella stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato se non avesse subito l'illecito: come l'ammontare del risarcimento non può superare quello del danno effettivamente prodotto, così occorre tener conto degli eventuali effetti vantaggiosi che il fatto dannoso ha provocato a favore del danneggiato, calcolando le poste positive in diminuzione del risarcimento”).

Trattandosi di un elemento impeditivo del risarcimento, che va a erodere la misura del danno, la circostanza dell'arricchimento del danneggiato causalmente collegato all'illecito (qui, precontrattuale) rientra nell'onere probatorio del danneggiante e, sotto questo profilo, Banca X nulla ha allegato in ordine al valore dei diamanti acquistati dagli attori.

Per altro verso, è indubbio che un arricchimento ci sia stato e, dunque, non resta che attenersi alle informazioni fornite dagli attori medesimi, che, considerando tutti gli acquisti, indicano che il valore complessivo delle pietre, all'epoca dell'acquisto era di euro *omissis*, peraltro in linea con quanto emerge dal provvedimento AGCM ove si legge che il valore delle pietre copriva il 20-40% del prezzo pagato dal consumatore.

(*Omissis*)

P.Q.M.

Il Tribunale di Modena, definitivamente pronunciando, così provvede:

1. condanna Banca X a pagare *omissis* oltre rivalutazione e interessi a far data da ciascun acquisto a titolo di risarcimento del danno patrimoniale;
2. condanna Banca X a pagare *omissis* oltre rivalutazione e interessi del 18 aprile 2016 a titolo di risarcimento del danno patrimoniale;

3. condanna banco Banca X a rifondere a *omissis* spese di lite, liquidate in complessivi *omissis* oltre spese generali, imposta e contributi.

(*Omissis*)

Attività bancarie accessorie, standard di diligenza e presidi informativi a tutela dell'investitore

L'obbligo di *protective disclosure* nella promozione dei diamanti da investimento

Vincenzo Iaia

Dottorando di ricerca in Law and Business nella LUISS Guido Carli di Roma, Italia

Abstract This article focuses on a worthwhile decision of the Court of First Instance of Modena concerning the bank's protective disclosure obligation while offering ancillary activities. Particularly, it refers to the promotion of investment diamonds offered by third companies. The Court stated that the bank is subject to the obligation to assess the effective value of the promoted diamonds and to inform its clients accordingly. Otherwise the bank would be jointly liable with the company which has sold the investment diamonds for the value difference between the price paid by the bank's clients and their real value. This decision strengthens the bond between disclosure and liability towards a greater protection of bank customers in order to maintain confidence in the banking system.

Keywords Bank. Ancillary banking activities. Promotion of investment diamonds. Professional diligence. Disclosure obligation.

Sommario 1. La vicenda. – 2. La vendita di diamanti da investimento al vaglio della triplice indagine delle Autorità di vigilanza. – 2.1 ...come offerta al pubblico di prodotti finanziari. – 2.2 ...come pratica commerciale ingannevole. – 2.3 ...come attività bancaria connessa. – 3. La responsabilità della banca tra contatto sociale qualificato e inadempimento contrattuale. – 4. Osservazioni conclusive: l'uniforme standard di diligenza professionale come parametro informatore di tutte le attività bancarie.

Marylin Monroe: *Men grow cold, as girls grow old
and we all lose our charms in the end, but square-cut
or pear-shaped, these rocks don't lose their shape.
Diamonds are a girl's best friend!*

(Carol Channing, *Diamonds are a girl's best friend*, canzone tratta
dal film diretto da Howard Hawks *Gentlemen prefer blondes*)

1 La vicenda

La nota canzone interpretata da Marylin Monroe nel 1953 veicolava un messaggio promozionale che invogliava l'acquisto di diamanti con lo stesso fervore che oggi contrassegna le accattivanti campagne

di marketing contemporanee condotte da alcune banche e da diverse società specializzate esattamente nella vendita di tali preziosi. Se però la *pin up* americana si era limitata a raccomandarne l'acquisto decantando l'autentico pregio della loro immunità rispetto al tempo, al contrario, alcuni operatori moderni di tale settore hanno esortato la bontà degli affari in diamanti sulla base di qualità non necessariamente corrispondenti al vero. Per di più, il diretto coinvolgimento delle banche nel suddetto fenomeno promozionale ha portato l'insorgere di una questione che la giurisprudenza¹ e la dottrina² - non da sole³ - hanno affrontato con riferimento ai doveri di diligenza e alle connesse responsabilità delle banche stesse.

A tal riguardo, la sentenza in epigrafe verte per l'appunto sull'esistenza e sull'entità di obblighi di informazione e di protezione a carico della banca nella prestazione di attività collaterali. Essa ha ad oggetto segnatamente la determinazione dei doveri della banca connessi all'esercizio dell'attività accessoria di promozione dei cd. diamanti da investimento, ovvero di diamanti che tendono ad assolvere alla funzione di bene rifugio⁴. Ovviamente, la questione oggetto della sentenza che si annota non ha riguardo alla riferibilità del bene ad

1 In proposito, cfr. Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736, con commento di SAVASTA, *Natura finanziaria dei diamanti e ruolo della Consob*, in *I contratti*, 2013, XII, pp. 1110-1112; Tar Lazio, 14 novembre 2018, nn. 10967 e 10968; Trib. Parma, 21 gennaio 2019, con nota di BONACCORSI DI PATTI, *Note minime sulla pretesa responsabilità della banca nella vendita di diamanti c.d. "da investimento"*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, II, p. 160 ss., in cui è presente il commento anche di Trib. Verona, 23 maggio 2019, R.G. n. 5251, annotata altresì da PETRAZZINI, *Vendita di diamanti e responsabilità della banca - diamanti da investimento: la responsabilità della banca collocatrice*, in *Giur. it.*, 2019, XI, p. 2450 ss., di particolare rilevanza dal momento che tale decisione concerne le stesse imprese che hanno promosso l'acquisto di diamanti da investimento interessate dalla sentenza in commento.

2 Oltre ai commentatori sopra citati si richiamano PISTELLI, *Dai diamanti...non nasce niente? Rischio e responsabilità nelle operazioni di investimento in beni rifugio*, in *Pers. merc.*, 2020, II, p. 129 ss.; ALVARO, *Il quadro normativo italiano in tema di commercializzazione di pietre preziose presso lo sportello bancario*, in *Banca, impresa, soc.*, 2017, p. 141 ss.; FRANZA, *La commercializzazione di oggetti preziosi presso gli sportelli bancari*, in *Riv. dir. banc.*, 2017.

3 BANCA D'ITALIA, *Operazioni di compravendita di diamanti effettuate attraverso gli sportelli bancari*, nota del 14 marzo 2018, reperibile al seguente link: <https://www.banccaditalia.it/media/notizia/operazioni-di-compravendita-di-diamanti-effettuate-at-traverso-gli-sportelli-bancari/>, consultato il 28 luglio 2020; CONSOB, *Comunicazione Consob a tutela dei risparmiatori sulla compravendita di diamanti*, in *Consob informa*, 6 febbraio 2017, n. 4, reperibile al seguente link: <https://www.consob.it/documents/10194/0/Articolo+rischi+compravendita+diamanti/019b9d05-518d-4788-a8a7-a7b1ee74a73f>, consultato il 28 luglio 2020. *Idem*, *Comunicazione del 6 maggio 2013*, n. DTC/13038246; AGCM, *Provvedimenti del 20 settembre 2017*, n. PS10677 e PS10678. ABF Bologna, 29 ottobre 2018, n. 22690; *Idem*, 26 novembre 2018, n. 24902. ALVARO, *Il quadro normativo italiano in tema di commercializzazione di pietre preziose presso lo sportello bancario*, in *Banca, impr., soc.*, 2017, p. 141 ss.;

4 Sulla diversa accezione di "bene rifugio" in relazione alla prospettiva giuridica ed economica che si voglia adottare v. PISTELLI, *op. cit.*, p. 130 ss.

una fattispecie giuridica (come è avvenuto nel caso degli strumenti finanziari)⁵, quanto all'applicabilità di specifiche regole di condotta (che attengono all'esercizio delle attività delle banche)⁶.

La controversia è sorta a seguito di alcuni acquisti provenienti da un cliente della Banca X relativi a dei diamanti offerti dalla I rispetto ai quali è stato successivamente scoperto, a seguito di perizia tecnica, che il loro valore effettivo era inferiore di oltre il 50% rispetto al prezzo complessivamente pagato.

Anzitutto, occorre precisare che le compravendite dei diamanti in questione si sono perfezionate presso i locali di una filiale della banca in cui venivano esposte le *brochure* promozionali dedicate a tali pietre preziose e si sono concluse anche grazie alla partecipazione attiva di un funzionario della Banca X. Secondariamente, bisogna dar conto che la filiale era cointeressata alla vendita dei suddetti diamanti in ragione del diritto al pagamento di una provvigione – sembrerebbe a titolo di mediatore (v. *infra*, par. 3) – sugli acquisti effettuati dai propri clienti.

L'acquirente, vista l'impossibilità di soddisfare le proprie pretese nei confronti di I. a causa dell'intervenuta dichiarazione di fallimento, ha invocato l'accertamento della responsabilità precontrattuale o extracontrattuale nei confronti di Banca X per aver adottato una condotta contraria agli standard di diligenza professionale che fanno capo alla banca. In particolare, ha richiesto in via principale il rimborso integrale della somma pagata previa restituzione dei diamanti; in via subordinata ha presentato domanda per ottenere la condanna di Banca X al risarcimento dei danni per una somma pari alla differenza tra il prezzo pagato e la stima reale dei diamanti acquistati.

La banca, invece, ha rilevato il difetto di legittimazione passiva in quanto estranea ai rapporti intercorrenti tra I. e i propri clienti e ha sostenuto che, comunque, non incorrerebbe in alcuna forma di responsabilità nei loro confronti – a titolo contrattuale o extracontrattuale – alla luce della clausola n. 6) del contratto di vendita dei preziosi in cui era stato pattuito che la banca "domiciliataria" fosse esclusa da ogni forma di responsabilità rispetto ai contratti intercorsi tra i suoi clienti e I. Ad avviso di Banca X, essa si sarebbe limitata ad una mera attività di segnalazione di opportunità di investimento sulla base del materiale informativo predisposto da I., non potendo così avere piena contezza degli eventuali acquisti realizzati dai propri clienti.

⁵ CAPRIGLIONE, *Gli swaps come valori mobiliari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, I, p. 795 ss.

⁶ Ferro Luzzi, *Attività bancaria e attività delle banche*, in *Banca, impr., soc.*, 1996, p. 14 ss.

2 La vendita di diamanti da investimento al vaglio della tripla indagine delle Autorità di vigilanza

Giova premettere brevemente che la commercializzazione dei diamanti da investimento mediante il ricorso al canale bancario non ha destato esclusivamente l'interesse della Banca d'Italia⁷ quale garante del principio di sana e prudente gestione che deve parimenti informare anche le attività bancarie accessorie, con lo scopo di contenere al meglio il rischio reputazionale (v. *infra* par. 2.3). In effetti, i compositi interessi in gioco hanno innescato gli interventi di altre Autorità di vigilanza in relazione alle rispettive competenze funzionali alla salvaguardia dei rispettivi beni che ciascuna di esse è preposta a tutelare. Tali indagini hanno permesso di avvalersi di un esame multiprospettico del fenomeno in questione al fine di analizzarne le diverse sfaccettature.

Ed infatti, da un lato, l'interesse degli investitori a vedersi garantita una tutela effettiva ed efficace dei propri risparmi ha sollecitato la CONSOB ad esaminare quei casi in cui i diamanti da investimento erano offerti secondo modalità tali da potersi qualificare come offerte al pubblico di prodotti finanziari, rendendo necessaria l'applicazione della relativa disciplina (v. *infra* par. 2.1).

Dall'altro, al di fuori dei casi in cui l'offerta di diamanti costituisce servizio di investimento⁸, l'interesse dei consumatori a non essere soggiogati dalle asimmetrie informative tipiche del rapporto banca-cliente ha portato l'AGCM ad emanare dei provvedimenti sanzionatori in tutti quei casi in cui la commercializzazione di diamanti aveva integrato gli estremi per costituire una pratica commerciale scorretta o ingannevole (v. *infra* par. 2.2).

2.1 ...come offerta al pubblico di prodotti finanziari

In primo luogo, la CONSOB ha chiarito che la commercializzazione di diamanti mediante il canale bancario non è tendenzialmente ido-

⁷ BANCA D'ITALIA, *op. cit.*

⁸ Sulle questioni inerenti il raccordo CONSOB-AGCM con riferimento agli illeciti plurioffensivi - a pregiudizio rispettivamente del corretto funzionamento del mercato finanziario e del consumatore - che coinvolgono entrambe le Autorità v. per tutti GENOVESE, *Pratiche commerciali scorrette e servizi di investimento*, in *La direttiva consumer rights. Impianto sistematico della Direttiva di armonizzazione massima*, a cura di Giustolisi, 2017, Roma, pp. 95-112; per una più ampia analisi del coordinamento tra le competenze dell'AGCM e quelle delle Autorità di settore si rinvia a BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pp. 926-960 ss.

nea a costituire un'offerta al pubblico di prodotti finanziari⁹, ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. u), t.u.f., da cui deriverebbe, invece, l'obbligo di pubblicazione di un prospetto informativo, ex artt. 93-bis ss. t.u.f.¹⁰

Tuttavia, non è escluso *a priori* che la vendita di diamanti – al pari di altri beni materiali – possa assumere i connotati tipici delle offerte al pubblico di prodotti finanziari allorquando ricorrano congiuntamente (1) l'impiego di capitale, (2) l'aspettativa di rendimento di natura finanziaria e (3) l'assunzione di un rischio direttamente connesso e correlato all'impiego di tale capitale¹¹.

Si ha quindi sollecitazione all'investimento ogniqualvolta l'oblato riceva una proposta per l'acquisto di un bene dalla quale possa evincersi che la causa in concreto dell'operazione non sia il godimento del bene acquistato, bensì la prospettiva di un ritorno finanziario. Ciò potrebbe avvenire, per esempio, attraverso promesse di rendimento da parte della banca oppure in forza di obblighi di riacquisto a suo carico.

Così, emerge chiaramente che l'elastica nozione di prodotto finanziario sia volta a cogliere le poliedriche forme di sollecitazione al pubblico risparmio¹² al fine di garantire la trasparenza e correttezza di ogni tipo di servizio di investimento. A tal proposito, vale la pena di ricordare una risalente Comunicazione della CONSOB riguardante la vendita di vino mediante emissione di certificati *en primeur*¹³ con la quale l'Autorità ha qualificato le vendite in discorso come contratti a termine aventi ad oggetto una merce, riconducendole nella nozione di strumento finanziario, di cui all'art. 1, co. 2, let. h) t.u.f. In particolare, la CONSOB ha escluso che la vendita dei certificati in questione fosse finalizzata al godimento del bene di consumo (e quindi al diritto di ottenere la consegna del vino alla scadenza) in quanto la struttura dell'operazione sottoposto al suo esame aveva assunto le caratteristiche potenziali per dar vita ad un mercato secondario nel quale si sarebbero potuti effettuare nuovi scambi a prescindere

⁹ CONSOB, *Comunicazione Consob a tutela dei risparmiatori sulla compravendita di diamanti*, cit.

¹⁰ Sull'offerta al pubblico di prodotti finanziari v. per tutti ANNUNZIATA, *Il mercato mobiliare*⁹, Torino, 2017, p. 351 ss.

¹¹ CONSOB, Comunicazione n. DTC/13038246 del 6 maggio 2013. Nel caso di specie l'Autorità ha escluso la natura di investimento finanziario dell'acquisto di diamanti in quanto (1) non sussistevano vincoli o limitazioni al godimento della *res materiale* in capo all'acquirente, (2) non si ravvisava l'emissione di certificati rappresentativi dei diritti dei titolari, destinati eventualmente a circolare nell'ambito di un potenziale mercato secondario, (3) non era previsto un patto di riacquisto da parte della società venditrice. Diversamente, con riferimento all'idoneità alla vendita della moneta *dhana* a costituire sollecitazione all'investimento si veda CONSOB, Delibera n. 14422 del 13 febbraio 2004.

¹² In tema v. URBANI, *I servizi e le attività di investimento e gli strumenti finanziari*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*², a cura di Capriglione, 2019, Milano, p. 244 ss.

¹³ CONSOB, Comunicazione n. DIS/98082979 del 22 ottobre 1998.

re dal valore effettivo del bene. Sicché, le aspettative speculative legate all'andamento del prezzo del vino rappresentato nel certificato hanno fatto propendere l'Autorità per la qualificazione dell'operazione come investimento tipicamente finanziario, risultando irrilevante l'eventualità (in tal caso verosimilmente marginale) per cui le motivazioni del singolo investitore fossero effettivamente quelle di ottenere la mera consegna del vino.

Giova altresì evidenziare che la Corte di Cassazione si è espressamente pronunciata con riguardo alla corretta applicazione delle norme in materia di offerta al pubblico di prodotti finanziari alla fattispecie della compravendita di diamanti da investimento¹⁴. Al riguardo, la Suprema Corte ha affermato l'applicabilità della disciplina sulla sollecitazione all'investimento ai cd. contratti di affidamento diamanti, ovvero a contratti caratterizzati dallo scambio di un diamante racchiuso in un involucro sigillato contro il versamento di una somma di denaro a cui si affiancava l'impegno della società, dopo 12 mesi, di riacquistare il diamante, restituendo il capitale ed un'ulteriore somma a titolo di custodia. Ciò in ragione dell'accertata causa finanziaria dell'operazione consistente nell'investimento del capitale con la prospettiva di accrescimento delle disponibilità investite senza obblighi da parte dell'investitore diversi dalla dazione di una somma di denaro. Il contratto di affidamento diamanti prevedeva, infatti, il riconoscimento di un credito fruttifero in favore dell'investitore, nonché di una garanzia reale costituita dal diamante, entrambi considerati prevalenti rispetto alla (eventuale) motivazione di esclusivo godimento¹⁵.

Del pari, l'Arbitro Bancario Finanziario (di seguito ABF), collegio di Bologna, ha confermato l'esistenza di un bivio qualificatorio della fattispecie in esame, dovendo porre l'accento sulla corretta identifi-

¹⁴ Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736.

¹⁵ Più specificamente, la Suprema Corte ha espresso il seguente principio di diritto: «La nozione di investimento di natura finanziaria comprende ogni conferimento di una somma di danaro da parte del risparmiatore con un'aspettativa di profitto o remunerazione ovvero di utilità, unita ad un rischio, a fronte delle disponibilità impiegate in un dato intervallo temporale. Ne consegue che è configurabile come prodotto finanziario, con correlata applicazione della disciplina in materia di sollecitazione all'investimento, il contratto in cui una società proponga al pubblico il "blocco" di una somma per un anno in prospettiva di un guadagno, mediante un meccanismo negoziale consistente nella consegna in affidamento all'investitore di un diamante del valore ipotetico di mille euro, chiuso in un involucro sigillato, contro il versamento in denaro di un identico importo, con l'impegno della società di "riprendersi" il prezioso dopo dodici mesi e di restituire il capitale maggiorato di ottanta euro, senza alcun'altra prestazione a carico dell'investitore, prevalendo in detta operazione gli elementi del credito fruttifero e della garanzia rispetto a quello della custodia, e sussistendo, altresì, il "rischio emittente" legato all'incertezza sulla capacità della società di restituire il "tandem" con l'incremento promesso».

cazione della causa negoziale¹⁶. Secondo l'ABF, infatti, l'operazione andrebbe qualificata come vendita di cose mobili laddove il contratto preveda il godimento durevole del bene acquistato mentre andrebbe diversamente sussunta come vendita di prodotto finanziario allorché il bene effettivamente trasferito non sia tanto la pietra preziosa, quanto piuttosto l'aspettativa di remunerazione futura correlata al rischio sottostante. Pertanto, il *discrimen* in favore della seconda opzione qualificatoria ricorrerebbe ogniqualvolta lo scopo dell'acquirente sia quello di assicurarsi la conservazione e il rendimento del capitale investito e non invece quello di garantirsi il godimento del diamante, dovendo così applicare la disciplina del prospetto. Orbene, appare di solare evidenza che la *ratio* giustificatrice dell'obbligatoria attivazione della disciplina in parola ogniqualvolta venga riscontrata un'offerta al pubblico di prodotti finanziari sia agevolmente rintracciabile nell'esigenza di garantire la cd. *investor protection*¹⁷, consacrata, come noto, all'art. 47 Cost¹⁸. Il legislatore ha quindi ritenuto che siffatto obiettivo potesse essere efficacemente raggiunto mediante il doveroso controllo della CONSOB, a pena di incorrere nelle rispettive sanzioni pecuniarie¹⁹.

Peraltro, come già affermato dall'Autorità garante degli investitori, la vendita di diamanti non costituisce *ex se* una sollecitazione all'investimento a meno che la particolare struttura negoziale dell'operazione non sveli una causa in concreto principalmente finanziaria. Invero, nel caso *de quo* l'attività di I. era pacificamente sussumibile nella fattispecie della vendita di beni mobili e, pertanto, la disciplina del Testo unico della finanza non ha trovato applicazione.

2.2 ...come pratica commerciale ingannevole

In secondo luogo, la prospettiva di indagine a tutela dell'investitore si accompagna a quella diretta a proteggere il consumatore (inteso quindi in senso più ampio rispetto al soggetto investitore) laddove la vendita di diamanti sia idonea ad integrare una pratica commerciale scorretta. Bisogna infatti segnalare che l'Autorità Garante del-

¹⁶ ABF Bologna, 11 ottobre 2018, n. 21328.

¹⁷ SAVASTA, *op. cit.*, pp. 1110-1112.

¹⁸ Sulle più recenti questioni ermeneutiche legate alla corretta interpretazione ed applicazione della nozione di prodotto finanziario nel settore *FinTech* (derivante dalla crasi delle parole *Financial Technology*) e alla previsione di adeguate forme di tutela degli investitori sia consentito rinviare a IAIA, *Luci e ombre giuridico-tecniche delle Initial Token Offering tra tutela del risparmio e innovazione finanziaria*, in *Fintech, smart technologies e governance dei mercati*, a cura di Nuzzo, Luiss University Press, in corso di pubblicazione.

¹⁹ Art. 191 t.u.f.

la Concorrenza e del Mercato (AGCM), in virtù delle specifiche competenze ad essa attribuite a presidio dei consumatori e del mercato, ha irrogato delle sanzioni pecuniarie nei confronti di alcune società e di talune banche specializzate nella promozione e vendita di diamanti da investimento per aver posto in essere delle pratiche commerciali ingannevoli e omissive²⁰, ai sensi degli artt. 20, 21, 22 e 23 del d.lgs. n. 206/2005 (Codice del Consumo).

Occorre innanzitutto premettere che la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette risponde alla necessità di rimediare alle asimmetrie informative nei rapporti *business-to-consumer* al fine di garantire un *set* minimo di informazioni che consentano al consumatore di esprimere in modo (presumibilmente) consapevole il potere di scelta tra le molteplici alternative prospettategli sul mercato. Il Codice del Consumo sanziona, dunque, tutte quelle condotte idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio in quanto contrarie agli standard di diligenza professionale²¹. Bisogna altresì precisare che nella consolidata dicotomia tra pratiche commerciali ingannevoli e pratiche commerciali aggressive, nonostante entrambe abbiano come comune denominatore l'idoneità ad ostacolare il corretto funzionamento del mercato, le prime si caratterizzano per indurre il consumatore ad un'errata rappresentazione della realtà, mentre le seconde si realizzano attraverso una sostanziale coercizione a contrarre. La plurioffensività delle pratiche in discorso giustifica l'affiancamento ai tradizionali rimedi civilistici risarcitori e caducatori, esercitabili dai singoli soggetti lesi, di poteri inibitori e sanzionatori che la disciplina di settore attribuisce all'AGCM, elevandosi così ad Autorità guardiana del *fair-trading*, sia nei rapporti *business-to-business* che in quelli *business-to-consumer*²².

Nel caso in esame l'Autorità antitrust ha condotto un'ampia istruttoria dalla quale è emerso che le società venditrici di diamanti, tra cui la I. e la Banca X, avevano diffuso delle informazioni ingannevoli e omissive attraverso il proprio sito internet e il materiale promozionale da esse predisposto con riguardo (1) al prezzo di vendita dei preziosi, rappresentato (falsamente) come quotazione di mercato de-

20 AGCM, Provvedimenti n. PS10677 e PS10678 del 20 settembre 2017.

21 In tema, FLORIDIA, *La tipizzazione normativa tratta dalla tutela pubblicistica del consumatore*, in AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, ROMANO, SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*⁶, 2020, Torino, p. 422 ss.; MASSA, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, Milano, 2019, p. 155 ss.; VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*⁸, Milano, 2018, p. 131 ss. GUIZZI, *Il contratto tra impresa e consumatore*, in *Diritto delle imprese. Manuale breve*, a cura di AA.VV., Milano, 2012, pp. 155-161.

22 Così, ALPA, *Considerazioni conclusive*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di Minervini, Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 361 ss.

rivante da una rilevazione oggettiva pubblicata sui principali giornali economici, (2) all'andamento del mercato dei diamanti, illustrato in stabile crescita, (3) all'agevole liquidità e rivendibilità dei diamanti al prezzo delle quotazioni indicate sui giornali.

Le risultanze delle indagini dell'Autorità hanno diversamente rilevato che le quotazioni di mercato in realtà (1) si basavano su prezzi liberamente determinati dalle società venditrici in misura largamente superiore rispetto al costo di acquisto della pietra e ai *benchmark* internazionali; (2) l'andamento delle quotazioni pubblicate su alcuni dei principali giornali economici italiani si riferiva alle variazioni del prezzo di vendita dei preziosi annualmente e progressivamente aumentato a discrezione dei venditori, non essendo il risultato di un'attività di rilevazione di mercato da parte del professionista, bensì una pubblicazione a pagamento dei suoi listini prezzo; (3) le prospettive di liquidità e rivendibilità erano unicamente legate alla possibilità - eventuale e non di certo assicurata - che il professionista o il cliente trovasse altri soggetti interessati all'acquisto.

L'AGCM ha altresì evidenziato che l'intermediazione del personale bancario tra i propri clienti e le società venditrici di diamanti forniva ampia credibilità alle informazioni contenute nel materiale promozionale, determinando molti consumatori all'acquisto senza la necessità di effettuare ulteriori accertamenti. I diamanti venivano, infatti, tendenzialmente offerti nel più ampio servizio bancario di consulenza di portafoglio ed erano caldamente sponsorizzati dall'ente creditizio come diversificazione dell'investimento dei risparmi del cliente, in quanto beni rifugio²³. Tuttavia, il personale bancario solitamente ometteva di comunicare al cliente che il valore effettivo delle pietre fosse in realtà compreso tra il 20-40% del prezzo di listino²⁴; né il materiale promozionale presentava alcun tipo di indicazione sul prezzo reale dei preziosi.

Pertanto, limitando l'analisi alle società interessate dal presente scritto, l'Autorità antitrust ha ritenuto che I. e Banca X fossero re-

23 Ed infatti, tra le invitanti informazioni che corredevano il materiale illustrativo si leggeva che «il diamante è bene rifugio per eccellenza e la sua quotazione è destinata ad aumentare a causa del progressivo calo della produzione e che, al contrario dell'oro, diventato pericolosamente speculativo, non è sottoposto ad influenze politico-valutarie», che «il diamante è liquidabile in tutto il mondo e non è soggetto alla tassazione sull'incremento di valore; il diamante rappresenta un investimento utile in un'ottica di diversificazione nel medio-lungo periodo» e che «i diamanti di I. appartengono alla fascia qualitativa più elevata della classificazione internazionale e sono quotati internazionalmente in quanto certificati da istituti gemmologici a garanzia della circolabilità e rivendibilità in tutto il mondo».

24 Le restanti voci di costo (nascoste) della pietra erano così composte, (1) costi doganali/trasporto assicurato/oneri generali: 1-5%, (2) copertura assicurativa/custodia: 0-1%, (3) costi rete commerciale: 1-5%, (4) commissione banca: 10-20%, (5) margine I.: 20-40%, (6) IVA: 10-20%.

sponsabili per aver commesso delle pratiche commerciali scorrette, ai sensi degli artt. 20, 21, co. 1, lett. b), c), d) e f), 22 e 23, co. 1, lett. t), cod. cons., condannando I. al pagamento della sanzione di € 2.000.000,00 e Banca X a quella di € 3.350.000,00.

Il provvedimento sanzionatorio è stato poi impugnato innanzi al Tar Lazio da entrambe le imprese condannate, introducendo due separati giudizi dai quali sono risultate soccombenti²⁵.

Con riguardo a I., il giudice amministrativo ha ritenuto il ricorso infondato, affermando che il provvedimento dell'AGCM fosse fornito di un corredo motivazionale estremamente diffuso e logicamente argomentato. Tra le diverse doglianze, I. contestava in particolare la valenza polisemantica del termine "quotazioni", il quale ricomprenderebbe anche le crescenti voci di costo relative a spese dissociabili dal valore dei diamanti, da essa opportunamente stabilite e occultate. Sul punto il Tar ha precisato che, al di là dei diversi significati ascrivibili al termine in questione, la sua immediata percezione da parte del consumatore medio sia quella di «rilevazione del prezzo corrente di un bene» e che pertanto l'Autorità antitrust ha correttamente individuato la responsabilità di I. per il fraintendimento ingenerato nei consumatori circa la natura e l'oggettività del loro valore che, invece, avrebbe dovuto essere espressione del solo andamento dei prezzi sul mercato dei diamanti e non anche delle scollegate voci di costo.

In relazione a Banca X, il Tar ha respinto il ricorso con il quale Banca X lamentava segnatamente la mancata acquisizione da parte dell'AGCM del parere della Banca d'Italia al fine di essere legittimata a sanzionare le attività regolate (come quella bancaria), invocando l'art. 27, co. 1-bis cod. cons. In proposito, il Tar ha ribadito come le attività connesse non rientrassero nell'ambito di regolamentazione della Banca d'Italia, trattandosi di attività estranee al settore creditizio che solo in via occasionale vengono svolte dagli istituti di credito²⁶. Inoltre, la banca contestava la propria estraneità alle offerte di I., limitandosi a svolgere un'attività di mera segnalazione dei diamanti in questione. Il Tar non ha accolto tale ricostruzione, condividendo le risultanze del provvedimento dell'AGCM nel quale veniva evidenziato che l'accordo di collaborazione tra I. e Banca X riconosceva in favore di quest'ultima una provvigione per un importo tra il 10% e il

25 Con riferimento a I., Tar Lazio, 14 novembre 2018, n. 10968 e con riguardo a Banca X, Tar Lazio, 14 novembre 2018, n. 10967.

26 Al riguardo, il giudice amministrativo ha richiamato un precedente orientamento giurisprudenziale secondo cui il coinvolgimento dell'Autorità di regolazione è necessario solo quando la fattispecie sulla quale l'AGCM interviene, in applicazione della disciplina a tutela del consumatore di cui al Cod. Cons., insista o coinvolga il settore bancario in senso proprio, Tar Lazio, 22 ottobre 2015, n. 12082; conforme, Tar Lazio, 17 maggio 2016, n. 5809.

20% delle operazioni concluse con i propri clienti²⁷. Il giudice amministrativo ha, pertanto, correttamente rilevato che la banca, nell'attività di promozione dell'investimento in diamanti e di consulenza personalizzata del cliente, assumeva un ruolo chiave nella dinamica contrattuale complessiva in cui il consumatore era coinvolto, dovendo quindi ritenersi corresponsabile delle pratiche scorrette di I..

2.3 ...come attività bancaria connessa

In terzo luogo, la Banca d'Italia, sollecitata dalle segnalazioni provenienti dalle associazioni di consumatori e da alcuni clienti, ha diffuso una nota riguardante esattamente le operazioni di compravendita di diamanti effettuate attraverso gli sportelli bancari²⁸. Con essa l'Autorità di vigilanza bancaria ha chiarito che le operazioni in discorso sono escluse dal novero delle operazioni bancarie rispetto alle quali occorre applicare il corrispondente regime di trasparenza in favore della clientela, ai sensi degli artt. 115 ss. t.u.b. La Banca d'Italia ha, infatti, affermato che le attività svolte dalle banche in relazione alla vendita di diamanti²⁹ - ovvero alla divulgazione del materiale informativo, profilazione del cliente, raccolta di eventuali ordini e ricezione di pagamenti - costituiscono attività connesse a quella bancaria, ex art. 10, co. 3, t.u.b.³⁰, nelle quali l'istituto di credito assume la veste di intermediario tra cliente e società venditrice.

Orbene, appare pacifico che la promozione di diamanti da investimento sia sussumibile nelle attività accessorie di informazione commerciale, di cui all'art. 8, co. 3, lett. a), d.m. del Ministro del Tesoro del 6 luglio 1994³¹. Esse costituiscono, infatti, delle attività non finanziarie che possono essere esercitate nel limite in cui siano correlate all'attività principale o allo sfruttamento della struttura produttiva

²⁷ Ciò dimostrerebbe «l'oggettiva cointeressanza diretta ed immediata alla realizzazione della pratica commerciale medesima», cfr. Tar Lazio, 5 gennaio 2015, n. 41; conformi, Tar Lazio, 25 marzo 2015, n. 4579; Tar Lazio, 10 gennaio 2017, nn. 311 e 312.

²⁸ BANCA D'ITALIA, *op. cit.*

²⁹ In proposito, la dottrina suole distinguere tra "attività bancaria" in senso stretto, che si compone delle due attività di raccolta del risparmio ed esercizio del credito, ed "attività delle banche" come locuzione di più ampio respiro che comprende anche altre attività come quella di informazione commerciale, v. URBANI, *Banca, attività bancaria, attività delle banche*, in *L'attività delle banche*², a cura di Urbani, Milano, 2020, pp. 11-15.; *Id.*, *L'impresa bancaria*, in *Diritto commerciale*, a cura di De Angelis, Milano, 2017, I, p. 150.

³⁰ In argomento v. DESIDERIO, *L'attività bancaria*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*, *cit.*, p. 206 ss., nonché i vasti riferimenti bibliografici ivi contenuti.

³¹ D.m. del Ministro del Tesoro del 6 luglio 1994, determinazione, ai sensi dell'art. 106, co. 4, t.u.b., del contenuto delle attività indicate nello stesso art. 106, co. 1, nonché in quali circostanze ricorre l'esercizio delle suddette attività nei confronti del pubblico.

e a condizione che costituiscano una componente marginale ed accessoria dell'attività complessiva esercitata dalla banca³².

Nondimeno, pare ragionevole ritenere che le banche, allorché scelgano di offrire il servizio aggiuntivo di intermediazione nella compravendita di diamanti, debbano svolgere tutti i controlli necessari sui beni e servizi da loro promossi affinché il cliente sia reso pienamente edotto delle caratteristiche dell'operazione alla luce della fiducia da egli tendenzialmente riposta nel sistema bancario.

Per cominciare, bisogna anzitutto evidenziare che la scelta in ordine all'esercizio dell'attività di informazione commerciale è rimessa all'esclusiva discrezionalità della banca. Ne consegue che qualora essa si determini nel senso di prestare quest'attività supplementare può razionalmente attendersi che la banca valuti con cautela i possibili rischi reputazionali legati all'esercizio dell'attività menzionata, con riguardo soprattutto ad eventuali comportamenti irregolari o percepiti come tali dalla clientela. In proposito, il comunicato della Banca d'Italia ha evidenziato proprio come la commercializzazione di diamanti, pur non costituendo attività bancaria o finanziaria, può comunque generare per le banche rischi operativi e di reputazione che devono essere presidiati al pari delle attività principali. Ecco perché l'Autorità di vigilanza ha richiesto delle informazioni dettagliate alle banche che promuovevano gli investimenti in diamanti, con particolare riferimento alle modalità da esse impiegate per la sponsorizzazione e vendita dei preziosi. È un dato non casuale che, a seguito dell'istruttoria avviata dalla Banca d'Italia, gran parte degli intermediari ha nel frattempo sospeso o interrotto tale attività.

Inoltre, al fine di evitare potenziali reiterazioni delle pratiche in discorso attraverso inedite forme alternative, la Banca d'Italia ha trasmesso una comunicazione indirizzata a tutte le banche per sollecitarle a garantire il diritto di informazione dei clienti anche durante l'erogazione di servizi diversi da quelli principali aventi natura puramente bancaria e finanziaria. L'Autorità di vigilanza ha altresì precisato che le banche, nell'esercizio dell'attività di commercializzazione di diamanti, «oltre a considerare le caratteristiche finanziarie dei clienti cui è rivolta la proposta di acquisto, devono assicurare adeguate verifiche sulla congruità dei prezzi e predisporre procedure volte a garantire la massima trasparenza informativa sulle caratteristiche delle operazioni segnalate, quali le commissioni applicate, l'effettivo valore commerciale e le possibilità di rivendita delle pietre preziose».

In altre parole, la Banca d'Italia, con il comunicato in discorso, ha inteso salvaguardare il diritto di informazione dei potenziali clienti anche quando essi ricevano dalle banche proposte di investimento in diamanti imponendo degli standard minimi di trasparenza che

³² *Amplius*, BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*², Bologna, 2016, pp. 51-55.

consentano al cliente mediamente avveduto di assumere delle scelte (presumibilmente) consapevoli. Giocoforza, al diritto in parola corrisponde in via speculare l'obbligo a carico delle banche di realizzare tutti i controlli necessari affinché quest'attività, sebbene accessoria, non venga esclusa dai tradizionali presidi di sana e prudente gestione. Ne deriva che, *in primis*, occorre un'attenta selezione dello *standing* di società con le quali concludere accordi di collaborazione. *In secundis*, bisogna svolgere un controllo analitico delle caratteristiche del prodotto o servizio promosso al fine di verificarne la corrispondenza rispetto al materiale promozionale presente in filiale.

Ulteriormente, si dà conto di un orientamento (non isolato) dell'ABF secondo cui, nonostante tale organo non sia preposto alla risoluzione delle questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari - a prescindere dalla qualificazione della fattispecie in questione come compravendita di beni oppure offerta di prodotti finanziari³³ -, la banca sarebbe tenuta in ogni caso a verificare l'adeguatezza degli investimenti e dei prodotti da essa segnalati nell'ambito dell'attività di informazione commerciale³⁴. Sembra quindi che lo standard di diligenza che la banca è tenuta a rispettare nell'esercizio delle attività principali si estenda in pari misura anche allo svolgimento delle attività connesse.

In proposito, anche la dottrina ha correttamente rilevato che, sebbene le attività bancarie accessorie non siano soggette ad una specifica autorizzazione, è necessario che anch'esse siano informate al principio di sana e prudente gestione, specialmente per prevenire i potenziali rischi operativi e reputazionali da esse derivanti³⁵. Effettivamente, risulta abbastanza pacifico che la promozione di diamanti dal valore notevolmente inferiore rispetto al prezzo di vendita possa sensibilmente aumentare il rischio reputazionale della banca. Dunque, si ritiene condivisibile la soluzione prospettata da più voci istituzionali diretta ad imporre alla banca la compiuta verifica in ordine al valore e alle qualità effettive del bene o servizio oggetto di promozio-

33 *Ex multis* ABF Palermo, 10 dicembre 2019, n. 26090 in cui, richiamando ABF Bologna, 11 ottobre 2018, n. 21328 si legge che «le “Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari” (Sez. I, par. 4) così stabiliscono: “All'Arbitro bancario Finanziario possono essere sottoposte controversie relative a operazioni e servizi bancari e finanziari. Sono escluse le controversie attinenti ai servizi e alle attività di investimento o altre fattispecie non assoggettate al titolo VI del t.u.b. [...] Sul punto la giurisprudenza di questo Arbitro è pacifica nel ritenere che l'operazione de qua non risulta “in alcun modo sussumibile nel paradigma delle operazioni relative a servizi bancari/finanziari che costituiscono l'ambito cognitivo dell'ABF”».

34 ABF Bologna, 29 ottobre 2018, n. 22690; conforme ABF Bologna, 26 novembre 2018, n. 24902.

35 MORERA, MARCHISIO, *Sulle attività connesse ex art. 10, comma 3°, t.u.b.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, p. 717 ss.

ne e di darne adeguata notizia ai propri clienti affinché questi ultimi possano determinare le proprie scelte di acquisto in modo ponderato.

3 La responsabilità della banca tra contatto sociale qualificato e inadempimento contrattuale

Tutto ciò premesso, nella sentenza in commento il Tribunale di Modena ha affermato la responsabilità contrattuale di Banca X senza però precisare se la natura di tale responsabilità sia dipendente dall'esistenza di obblighi di informazione e di protezione discendenti dal rapporto contrattuale già in essere tra la banca e il cliente quale presupposto storico della compravendita di diamanti, la cui base normativa sarebbe rintracciabile nell'art. 1173 c.c., oppure invece se essa scaturisca dalla violazione dell'obbligo di corretto adempimento, ex art. 1218 c.c., connaturato all'attività di informazione commerciale in quanto essa sarebbe riconducibile alle attività connesse rispetto a quelle bancarie in senso stretto, individuate all'art. 8, co. 3, d.m. Tesoro.

Sembra che il giudice di prime cure, con le parole «[q]uale ne sia la ricostruzione che si ritenga preferibile, in entrambi i casi valgono le regole del riparto dell'onere probatorio in materia contrattuale», abbia preferito non prendere una posizione sull'origine della responsabilità contrattuale della banca alla luce dei medesimi effetti che le due ricostruzioni dispiegano sul piano dell'onere della prova.

Tuttavia, appare opportuno cercare di colmare il vuoto ricognitivo lasciato dal Tribunale di Modena attraverso un tentativo di sussunzione della fattispecie in esame rispetto alle due qualificazioni giuridiche prospettate, salvo poi propendere, si vedrà, verso una terza soluzione.

Con riguardo alla prima opzione, l'affermazione della responsabilità contrattuale di Banca X in virtù del cd. contatto sociale qualificato sarebbe corroborata dalla particolare posizione professionale attribuita alla banca, la quale sarebbe incorsa nella violazione degli obblighi di protezione e di informazione a danno dei propri clienti. La teoria del contatto sociale è stata elaborata, come noto, dalla giurisprudenza di legittimità³⁶ - ormai più di un ventennio fa - nell'am-

36 Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, che ha statuito il seguente principio di diritto «L'obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale" ha natura contrattuale. Conseguentemente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale», con note di GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale: contrattuale, extra contrattuale o "transtipica"?*, in *Giust. civ.*, 1999, IV,

bito del rapporto tra medico e paziente allo scopo di sopperire alla tradizionale assenza di un rapporto contrattuale tra i due soggetti in questione e che avrebbe così agevolato il secondo nel riparto dell'onere probatorio³⁷. Con tale sentenza la Suprema Corte ha ritenuto che il fondamento normativo della responsabilità da contatto sociale fosse rintracciabile nell'art. 1173 c.c., da cui deriverebbero degli obblighi di buona fede reciproci in capo ai soggetti coinvolti, ai sensi degli artt. 1175, 1375 c.c., espressione di quel principio di solidarietà sociale, consacrato all'art. 2 cost.

Successivamente, sulla scorta di tale orientamento giurisprudenziale, si è sviluppato un principio comunemente condiviso - caratterizzato, secondo interessante dottrina, da "fluidità strutturale"³⁸ per la sua capacità di essere applicabile a fattispecie diverse - volto a proteggere tutti i soggetti entrati in contatto con coloro i quali rivestono un ruolo qualificato. Di conseguenza, sul professionista ricadrebbero i cd. obblighi di protezione in favore della parte (reputata) debole a prescindere dall'esistenza di un sottostante rapporto contrattuale. Secondo il suddetto ragionamento può quindi affermarsi l'esistenza di uno zoccolo duro di regole, deontologiche e tecniche, comuni a tutte le prestazioni aventi carattere professionale, ivi incluse quelle bancarie.

Rispetto segnatamente alla diligenza della banca, occorre precisare che già da più di un decennio la giurisprudenza di legittimità ha affermato che la banca fosse gravata da obblighi di protezione nei confronti di «tutti gli interessati al buon fine della sottostante operazione per aver incassato assegni bancari muniti di clausola di intrasferibilità in favore di soggetti terzi dal beneficiario»³⁹. Ne consegue che l'eventuale negligenza della banca avrebbe dato luogo a responsabilità contrattuale non in virtù del rapporto cambiario ma

p. 999 ss.; Di CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, p. 3332 ss.; FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contratto sociale" conquista la Casazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 653 ss.

37 In tema di responsabilità da contatto sociale del medico cfr. TODESCHINI, *La riforma della malpractice tra torto e contratto*, in *La responsabilità medica*, a cura di Todeschini, Milano, 2019, pp. 1-18; MIGLIACCIO, *Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 1239 ss.; BEVIVINO, *Antiche, nuove e nuovissime questioni attorno al tema "precontrattualità"*, in *Giust. civ.*, 2019, III, p. 565 ss.; CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 ss. Più ampiamente sul contatto sociale si rinvia a GALLO, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1759 ss.

38 VINCENTI, *La responsabilità da contatto sociale nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 2065 ss.

39 Cass. SS.UU., 26 giugno 2007, n. 14712, annotata da LEGGIERI, *Natura della responsabilità della banca negoziatrice per il pagamento di assegni non trasferibili a persone diverse dal prenditore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 1443 ss.; conforme Cass., 22 maggio 2015, n. 10534.

in quanto l'ordinamento imporrebbe su di essa un determinato standard comportamentale finalizzato a proteggere l'affidamento riposto dai clienti sul corretto espletamento di tutte le attività bancarie.

Nel solco di tale orientamento, la Suprema Corte è nuovamente intervenuta sulla responsabilità del banchiere per l'incasso di cambiali, affermando più ampiamente che la professionalità caratterizzante l'attività bancaria debba riflettersi necessariamente su tutta la gamma delle attività prestate, ivi incluse quelle accessorie, per la cui corretta attuazione essa dispone di strumenti e di competenze di cui altri soggetti normalmente non dispongono⁴⁰. L'assunto scolpito da quest'ultimo arresto giurisprudenziale è giustificato dall'intento di proteggere l'affidamento riposto dagli interessati al puntuale espletamento dei servizi bancari e ad esso corrisponde inevitabilmente la specifica responsabilità della banca laddove venga meno a tali standard di professionalità.

Ciononostante, nel caso *de quo*, essendo stato acclarato il ruolo chiave di Banca X - commissivo ed omissivo - nella compravendita dei preziosi, non sembra necessario ricorrere alla teoria della responsabilità da contatto sociale qualificato in quanto la banca sarebbe già responsabile *ex art. 1218 c.c.*, a causa dell'inesatto adempimento degli obblighi scaturenti dal rapporto di mediazione. Tuttavia, occorre seguire un preciso *iter* logico con cui si cercherà di dimostrare la bontà di siffatta conclusione.

Innanzitutto, bisogna puntualizzare, in linea con quanto rilevato in commento a una sentenza del Tribunale di Verona riguardante una vicenda molto simile⁴¹, che il servizio di promozione di diamanti dovrebbe essere ricondotto alle attività bancarie non finanziarie le quali, creando occasioni di contatto con il pubblico, consentono alle banche di sviluppare l'attività principale. In particolare, tale prestazione dovrebbe essere sussunta nelle attività di informazione commerciale nell'esercizio delle attività bancarie accessorie, *ex art. 8, co. 3, let. a), d.m. Tesoro*, da cui discenderebbero degli obblighi di *protective disclosure*, la cui violazione sarebbe idonea a costituire inadempimento contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 c.c. Nondimeno, questa soluzione mi sembra condivisibile soltanto laddove l'attività di informazione commerciale venga erogata come autonomo servizio di consulenza ove sia presente un espresso incarico che il cliente ha conferito alla banca. Ma la prassi (e la vicenda in oggetto) è ben diversa, considerato che la banca non è remunerata direttamente dal cliente,

⁴⁰ Cass. SS.UU., 21 maggio 2018, n. 12478, con commento di IULIANI, *Assegno non trasferibile - Responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile al prenditore abusivamente legittimato*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1328 ss. Sugli standard di diligenza della banca nel caso di omessa attivazione per impedire il protesto di una cambiale di v. Cass. 4 febbraio 2020, n. 2549; conforme Cass., 13 maggio 2009, n. 11130.

⁴¹ PETRAZZINI, *op. cit.*, p. 2452 s.

bensì dalla società offerente un dato bene o servizio da cui percepisce una provvigione sulla base degli affari conclusi.

Pertanto, l'obbligo informativo gravante sulla banca non sembra trarre origine dal dovere di corretta informazione commerciale nell'esercizio dell'attività bancaria accessoria, bensì dagli obblighi che la banca ha assunto per aver svolto di fatto l'attività di mediatore⁴², disciplinato agli artt. 1754 ss. c.c. Più precisamente, pare ragionevole ritenere che la fattispecie in esame possa essere giuridicamente inquadrata nella mediazione unilaterale atipica. Essa, infatti, rileva quando una parte (I.), volendo concludere un affare (la vendita di diamanti) incarica un altro soggetto (Banca X) di svolgere un'attività diretta alla ricerca di una persona interessata alla conclusione di un affare a condizioni predeterminate⁴³.

Per avvalorare tale tesi giova evidenziare brevemente il confine che separa la mediazione unilaterale atipica dalle figure contrattuali affini. In primo luogo, essa si differenzia dal contratto di procacciatore d'affari⁴⁴ in quanto quest'ultimo presuppone che il procacciatore persegua l'esclusivo interesse del mandante⁴⁵. Appare evidente, quindi, che il contratto in discorso non rispecchi la realtà indagata in quanto è stato più volte - e a più voci - ribadito che il peculiare livello di diligenza professionale atteso dalla banca, per gli effetti dell'art. 1176, co. 2, c.c., richiede che quest'ultima persegua parimenti gli interessi dei propri clienti, quand'anche manchi un espresso conferimento d'incarico. In secondo luogo, deve ugualmente escludersi che la fattispecie in esame possa essere sussunta nel rapporto di man-

42 Sulla mediazione cfr., MIRABILE, *Contratto di mediazione e mediazione di contratto: natura e profili di responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 106 ss.; BARELA, *Mediazione, mediazione "atipica" unilaterale e mandato*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1831 ss.; GIACOBBE, *Il contratto di mediazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2015; BAZZO, *La figura e le responsabilità del mediatore ordinario e del mediatore mandatario*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 206 ss.; NOCERA, *Mediazione unilaterale e rapporto di mandato: inquadramento strutturale ed ipotesi esegetiche*, in *I contratti*, 2011, p. 792 ss.

43 Cass., SS. UU., 2 agosto 2017, n. 19161, con commento di IPPOLITI, *Il diritto di mediatore atipico alla provvigione e l'obbligo di iscrizione al ruolo nella decisione delle Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 2018, II, p. 929 ss. Conformi Cass., 14 novembre 2018, n. 29287; Cass., 5 settembre 2006, n. 19066, annotata da PUCCINELLI, *Mediazione negoziale atipica e iscrizione al ruolo dei mediatori quale presupposto del diritto alla provvigione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 713 ss.

44 Sul contratto di procacciatore d'affari v. ZILIO GRANDI, *Il contratto di agenzia, in I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di Cendon, Torino, 2004, VI, p. 155 ss.

45 Cfr. Cass., 12 febbraio 2009, n. 4422; Cass, 20 dicembre 2016, n. 26370 secondo cui «in tema di rapporti tra mediazione e procacciamento di affari [...] l'elemento distintivo consiste nel fatto che il mediatore è un soggetto imparziale e nel procacciamento di affari l'attività dell'intermediario è prestata esclusivamente nell'interesse di una delle parti».

dato⁴⁶ in quanto esso prevede il pagamento della provvigione a prescindere dall'esito dell'operazione, *ex art.* 1720 c.c.⁴⁷, nonché l'imparzialità del mandatario. Orbene, nel caso *de quo* è stato accertato che Banca X aveva diritto ad una provvigione soltanto nel caso di vendita dei diamanti ai propri clienti e non anche per la semplice attività di promozione commerciale. Inoltre, l'imparzialità della banca è stata già ampiamente esclusa⁴⁸, essendo cointeressata all'operazione.

Posto quindi che il rapporto contrattuale tra Banca X e i propri clienti possa essere qualificato come mediazione unilaterale atipica, occorre rilevare che l'art. 1759 c.c. prevede segnatamente l'obbligo del mediatore di comunicare alle parti le circostanze a lui note relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare tali da poter influire sulla conclusione del contratto⁴⁹. Al riguardo, la Suprema Corte ha ribadito che il mediatore, anche in difetto di un incarico specifico, è tenuto a svolgere un'approfondita indagine di natura tecnico-giuridica al fine di individuare eventuali fatti rilevanti sulla conclusione dell'affare e di comunicare agli interessati le circostanze a lui note e quelle conoscibili in relazione alla comune diligenza richiesta dal tipo di prestazione erogata⁵⁰. Sicché, appare indubbio che la diligenza attesa da un operatore altamente professionale come quello bancario richieda quantomeno, con riferimento alla promozione di diamanti, una verifica circa il loro valore effettivo e la completa informazione del cliente su tutti gli aspetti rilevanti dell'operazione.

Da ultimo, occorre escludere l'applicabilità al caso di specie della teoria della responsabilità da contatto sociale qualificato alla luce di un recente orientamento della Corte di Cassazione che ha ammesso la possibilità di configurare la suddetta responsabilità anche con riferimento ai rapporti contrattuali al fine di proteggere un inte-

⁴⁶ In argomento, oltre ai riferimenti *supra* riguardanti il rapporto tra mediazione e mandato, v. in particolare DI ROSA, *Il mandato*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Schlesinger e Busnelli, Milano, 2012, I; MACCARRONE, *Due contratti a confronto: mandato e mediazione*, in *Contratti*, 2009, p. 705 ss.

⁴⁷ Al riguardo v. Cass., 10 gennaio 2019, n. 482, con nota di TRUBIANI, *Un peculiare caso di attività giuridica "per conto altrui" tra mandato, mediazione e mediazione "atipica"*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1250 ss.

⁴⁸ V. *supra*, § 2.3.

⁴⁹ Da ultimo, v. Cass., 12 novembre 2019, n. 29229, in cui, nonostante la vicenda riguardi la diligenza del mediatore nella vendita di beni immobili, il principio di diritto da essa enunciato può trovare anche applicazione per *eadem ratio* alla vendita di beni mobili (ivi inclusi, quindi, i diamanti): «Nella stipula di un preliminare di vendita il mediatore ha l'obbligo di comunicare al promissario acquirente le circostanze a lui note o comunque conoscibili con la comune diligenza richiesta in relazione al tipo di prestazione, non essendo egli tenuto, in difetto di uno specifico incarico, a svolgere particolari indagini di natura tecnico-giuridica».

⁵⁰ Cass., 16 luglio 2010, n. 16623, con nota di DE TILLA, *Il dovere di informazione del mediatore*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, p. 1825 ss. Conforme Cass., 16 settembre 2015, n. 18140.

resse ulteriore della parte contraente. Ad esso corrisponde un obbligo di condotta aggiuntivo a carico del professionista che si somma a doveri provenienti dall'obbligazione principale. Più specificamente, la Suprema Corte ha precisato che deve trattarsi di interessi estranei all'oggetto della prestazione contrattuale, ma comunque coinvolti dalla realizzazione del risultato negoziale programmato⁵¹. Si richiama, a titolo esemplificativo, una sentenza del giudice di legittimità in cui si è affermata l'esistenza di un obbligo di protezione ulteriore a carico della banca rispetto ai tradizionali obblighi sorgenti dal rapporto principale di conto corrente a seguito del riconoscimento di un diritto di informazione aggiuntivo in capo alla società interessata per non essere stata tempestivamente aggiornata che uno dei suoi amministratori aveva prelevato dal conto della medesima ingenti quantità di denaro, rilevandole sul conto corrente personale⁵².

Orbene, nel caso di specie, considerato che una delle obbligazioni principali dell'attività di mediazione è proprio la corretta e completa informazione delle parti interessate, ai sensi dell'art. 1759 c.c., non si ravvisano obblighi di protezione ulteriori a tutela di interessi diversi dalla piena autodeterminazione dei soggetti coinvolti idonei a sorgere autonomamente dal contatto sociale qualificato.

4 Osservazioni conclusive: l'uniforme standard di diligenza professionale come parametro informatore di tutte le attività bancarie

Il Tribunale di Modena, dopo aver affermato che la responsabilità della banca dovesse qualificarsi come responsabilità contrattuale - a prescindere da un'approfondita indagine circa l'origine di siffatta responsabilità -, ha condannato Banca X al risarcimento dei danni cagionati alla parte attrice, quantificati nella somma pari alla differenza tra il prezzo dei diamanti e il loro valore effettivo (e non per la somma integralmente corrisposta alla luce del fatto che il danneggiato ha comunque conseguito un arricchimento dall'acquisto dei diamanti offerti da I., seppur in misura inferiore rispetto a quanto inizialmente atteso), dal momento che la banca non aveva fornito prove sufficienti per dimostrare l'esatto adempimento dell'obbligo informativo, posto che su di essa gravava l'onere probatorio. In proposito, si condivide il ragionamento del Tribunale in base al quale, sebbene Banca X avesse dedotto che il materiale illustrativo riguardante i

51 Cass., 13 ottobre 2017, n. 24071, con commento di MELANO BOSCO, *Il contatto sociale qualificato in un contesto contrattuale*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2361 ss.

52 Cass., 31 marzo 2010, n. 7956, annotata da SCANO, *Operazioni in conto corrente ed obblighi di monitoraggio della banca*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 601 ss.

diamanti fosse “meramente orientativo”, ha osservato che, per quanto mero, l'orientamento implica la trasmissione di contenuti informativi minimi, tra i quali senz'altro l'avvertenza per cui il valore delle pietre era di gran lunga inferiore al prezzo del pacchetto promosso in considerazione del fatto che esso includeva voci sostanziose di costo intenzionalmente taciute.

Orbene, la sentenza qui annotata offre l'occasione di confermare che il livello di diligenza richiesto alla banca per la prestazione dei servizi principali non è circoscritto limitatamente ad essi, dovendo piuttosto informare anche tutte le altre attività, ivi incluse quelle accessorie. Al di là della proposta di sussumere la fattispecie in esame nella mediazione unilaterale atipica, pare ragionevole ritenere che sulla banca ricadano dei particolari obblighi di protezione nei confronti dei propri clienti che sono intimamente collegati al ruolo professionale da essa rivestito e che possono essere efficacemente assolti soltanto mediante adempimenti informativi completi e veritieri. Di qui sorge l'opportunità di ricorrere all'espressione “obblighi di *protective disclosure*” per riferirsi a tutte le incombenze che gravano (o gravitano) sulla banca per tutelare i potenziali acquirenti/investitori.

In tal senso giova richiamare un'ulteriore sentenza della Corte di Cassazione⁵³ riguardante la diligenza richiesta all'intermediario nella prestazione di servizi accessori. In particolare, la Suprema Corte ha affermato che gli obblighi di diligenza e trasparenza che fanno capo all'intermediario, ai sensi dell'art. 21 t.u.f., e del regolamento CONSOB n. 11522 del 1988, riguardano anche il servizio di deposito titoli a custodia e amministrazione accessori ad un contratto di negoziazione dei medesimi strumenti finanziari. Da tale premessa trae origine, quindi, l'obbligo dell'intermediario di «acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che questi siano sempre adeguatamente informati», il cui oggetto, peraltro, non concerne solamente l'andamento dei titoli, ma riguarda anche altre circostanze quali, ad esempio, la conoscenza, da parte della banca di notizie particolari e non riservate, o l'esito di analisi economiche, condotte dalla stessa banca, che l'obbligo di correttezza (gli anglosassoni direbbero *fairness*) suggerisca di divulgare ai clienti.

In conclusione, potrebbe evincersi un principio generale in virtù del quale la semplice natura di attività accessoria non esonera la banca (o l'intermediario finanziario) dall'adottare un livello di diligenza inferiore rispetto a quello che tendenzialmente investe le attività principali, alla luce del ruolo professionale che la pone giocoforza in una posizione di garanzia. Il condivisibile e perseverante lavoro della giurisprudenza (di merito, di legittimità e, come si è visto, anche dell'ABF) e delle Autorità coinvolte tendente ad omogeneizzare

⁵³ Cass., 27 ottobre 2015, n. 21890.

gli standard di diligenza che dovrebbero informare tutte le attività erogate da un soggetto professionale è funzionale ad assicurare nel tempo la conservazione della fiducia non soltanto in tali operatori ma, più ampiamente, in tutto il sistema creditizio e finanziario. In questo senso, la sentenza in commento, per quanto sprovvista di un completo sforzo ricognitivo della fattispecie in esame, si instaura convintamente nel solco protettivo dell'investitore e appare pertanto da accogliere con favore.

Tribunale di Roma, 19 febbraio 2019

Di Salvo Presidente – Buonocore Estensore

Società di capitali - Responsabilità degli amministratori - Presupposti - Prescrizione - Decorrenza della prescrizione dell'azione di responsabilità verso gli amministratori nella s.p.a. e nella s.r.l.

(Codice civile, artt. 2394, co. 2; 2395, co. 2; 2476, co. 6¹).

In tema di decorrenza del termine di prescrizione dell'azione esperibile dai soci e dai terzi direttamente danneggiati nei confronti degli amministratori di s.r.l. il co. 6 dell'art. 2476 c.c. non riproduce quanto previsto in tema di prescrizione per l'analogo rimedio esperibile da soci e terzi nei confronti degli amministratori di società per azioni (art. 2395, 2 co. c.c.: "L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo"); pertanto, dovendosi escludere - a norma dell'art. 14 disp. prel. c.c. - la applicabilità in via analogica alle s.r.l. della "speciale" disposizione in tema di prescrizione trasfusa nel co. 2 dell'art. 2395 c.c., non può che ritenersi applicabile, con riferimento al rimedio di cui al co. 6 dell'art. 2476 c.c., la disposizione di portata generale contenuta nell'art. 2947 c.c. secondo cui la prescrizione in materia di diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito decorre dal giorno "in cui il fatto si è verificato", dovendosi intendere per tale - secondo la prevalente giurisprudenza - non già la semplice condotta illecita ma l'evento le-

1 I fatti di causa sono antecedenti alla novella introdotta con l'art. 378.1 d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che ha comportato lo slittamento del co. 6 dell'art. 2476 c.c. al comma successivo.



sivo nel suo complesso (comprensivo, dunque, della lesione della sfera giuridica altrui).

MOTIVI DELLA DECISIONE - Ritieni il Tribunale che la domanda avanzata da (*omissis*) nei confronti di (*omissis*) s.r.l. non possa trovare accoglimento; e tanto in considerazione della intervenuta estinzione per prescrizione del diritto al risarcimento dei danni in concreto azionato.

In proposito va rilevato che (*omissis*), a fondamento della domanda di ristoro dei danni, ha allegato l'inadempimento di (*omissis*) s.r.l., in qualità di venditrice dell'unità immobiliare ad uso abitativo sita in (*omissis*) alla Località (*omissis*) alla obbligazione di rimettere ad esso attore - acquirente del cennato immobile - il certificato di abitabilità, ovvero il documento attestante la idoneità dell'immobile ad essere destinato ad uso abitativo.

Segnatamente l'attore ha ancorato le proprie pretese risarcitorie al minor valore dell'unità immobiliare acquistata - pur dotata dei requisiti statici e di salubrità richiesti per la destinazione ad uso abitativo - in ragione della indisponibilità del certificato di abitabilità.

Ciò posto, è ben noto che - salvo diverso accordo tra le parti - il certificato di abitabilità rientra nel novero dei documenti che, a norma dell'art. 1477 c.c., il venditore deve rimettere al compratore al più tardi al momento della consegna del bene venduto, unitamente ad ogni altro documento e titolo relativo alla proprietà ed all'uso del medesimo bene.

Pertanto, contrariamente a quanto dedotto dall'attore, l'inadempimento del venditore - foriero di danni e fonte di potenziale responsabilità risarcitoria - sussiste già nel momento in cui, in sede di esecuzione del contratto di compravendita con l'immissione dell'acquirente nel possesso materiale e giuridico del bene, venga omessa la consegna allo stesso del certificato di abitabilità.

Ed è, dunque, da tale data che decorre il termine decennale di prescrizione dell'azione volta a far valere la responsabilità risarcitoria per inadempimento - o, meglio, per inesatto adempimento - contrattuale.

Fatte tali considerazioni di ordine generale e passando all'esame della fattispecie concreta deve rilevarsi che - per quanto inferibile dalla documentazione allegata - il contratto di compravendita dell'unità abitativa per cui è causa è stato stipulato, tra (*omissis*) s.r.l. e (*omissis*), in data 24.05.2000. Risulta, altresì, documentato che alla medesima data l'acquirente è stato anche immesso nel possesso del bene; invero, all'art. 3 del cennato contratto di compravendita è dato leggere quanto segue: "La parte acquirente viene immessa nel possesso giuridico e nel materiale godimento di quanto venduto, ad ogni effetto utile ed oneroso, a far tempo dalla data odierna".

Pertanto, dovendo la società venditrice, già in tale frangente, rimettere all'acquirente i titoli e documenti relativi alla proprietà ed

all'uso del bene immobile venduto, è dalla suddetta data del 24 maggio 2000 che, a fronte dell'avverso inadempimento all'obbligo di consegna del certificato di abitabilità, (*omissis*) poteva far valere le pretese ed i diritti consequenziali, tra cui quello al risarcimento.

Senonché, l'odierno attore ha avanzato la richiesta risarcitoria per l'inadempimento di cui sopra per la prima volta, in via stragiudiziale, con lettera raccomandata del 17 aprile 2013 e, dunque, allorquando era già vanamente decorso il termine decennale di prescrizione.

Invero, non possono rilevare quali atti interruttivi del corso della prescrizione, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2943 c.c., le precedenti missive pur allegate da (*omissis*).

Ed infatti è certo noto che "per produrre l'effetto interruttivo della prescrizione, un atto deve contenere, oltre alla chiara indicazione del soggetto obbligato, l'esplicitazione della pretesa e l'intimazione o la richiesta scritta di adempimento, che - sebbene non esiga l'uso di formule solenni né l'osservanza di particolari adempimenti - sia idonea a manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di far valere il proprio diritto, nei confronti del soggetto indicato, con l'effetto sostanziale di costituirlo in mora".

Pertanto, le due missive indirizzate dall'odierno attore alla (*omissis*) s.r.l. entro il decennio - e, segnatamente, nel 2006 - non possono valere agli effetti del citato art. 2943 c.c., non essendo neppure riguardabili come atti di diffida e messa in mora e non contenendo, comunque, nemmeno un accenno a pretese risarcitorie (ed avendo, anzi, la seconda di dette missive, ad oggetto richieste e contestazioni diverse da quelle invocate in questa sede a fondamento della responsabilità contrattuale della società venditrice).

In conclusione, dunque, in accoglimento dell'eccezione ritualmente e tempestivamente sollevata dalla parte convenuta, deve ritenersi estinto per prescrizione il diritto al risarcimento dei danni per responsabilità contrattuale, azionato da (*omissis*) nei confronti di (*omissis*) s.r.l.

Quanto, poi, alle pretese risarcitorie azionate nei confronti di (*omissis*), in qualità di amministratrice unica di (*omissis*) s.r.l., va preliminarmente rilevato che - come eccepito dalla parte convenuta - sul punto l'attore ha svolto deduzioni oltremodo generiche, tali da non consentire neppure di individuare, senza incertezze, lo specifico titolo di responsabilità invocato.

Invero, con l'atto introduttivo del presente giudizio (*omissis*) ha dato mostra di voler far valere la responsabilità risarcitoria di (*omissis*), nella qualità, ai sensi dell'art. 2394 c.c. e per la sopravvenuta insufficienza del patrimonio della (*omissis*) s.r.l. al soddisfacimento del suo "credito risarcitorio".

Infatti l'attore, premessa la responsabilità contrattuale di (*omissis*) s.r.l. per parziale inadempimento alle obbligazioni derivanti dal contratto di compravendita di immobile, e lamentata la situazione di probabile "incapienza patrimoniale" della predetta società, con rife-

rimento specifico alla responsabilità dell'amministratrice unica della società venditrice ha dedotto null'altro che quanto segue: "Sicché vi è il fondato motivo di ritenere che, qualora l'attore ottenga il giusto risarcimento, il patrimonio sociale non sia sufficiente al soddisfacimento del proprio credito. Pertanto, si rende necessario esperire contestualmente un'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore unico di (*omissis*), Sig.ra (*omissis*), che con il suo comportamento è stata la causa diretta dei danni subiti dall'istante".

Indi, a fronte dei rilievi delle convenute in merito alla genericità delle deduzioni svolte, (*omissis*), in sede di memoria ex art. 183, VI co., n. 1 c.p.c., ha richiamato anche il disposto dell'art. 2476, VI co., c.c. e dell'art. 2043 c.c., deducendo che, comunque - quale che fosse la qualificazione giuridica del rimedio azionato e la norma ritenuta in concreto applicabile - ai fini dell'affermazione della responsabilità risarcitoria dell'amministratore nei confronti del creditore di una società era sufficiente l'accertamento dell'esistenza di a) una condotta illegittima addebitabile al medesimo amministratore; b) un pregiudizio patrimoniale per il creditore; c) il nesso eziologico tra l'una e l'altro; indi, senza nulla aggiungere in merito alla condotta od omissione specificamente addebitabile a (*omissis*), ha asserito che, nel caso di specie, erano indubbiamente sussistenti tutti i presupposti per l'affermazione della responsabilità personale dell'amministratrice unica della (*omissis*) s.r.l., così dando mostra di voler valorizzare, quale condotta illegittima e foriera di danno atta a fondare la responsabilità della medesima amministratrice ex art. 2476, VI co. c.c., la mancata consegna del certificato di abitabilità dell'immobile oggetto di compravendita, ovvero null'altro se non la condotta di inadempimento imputata alla società.

Atteso quanto sopra, per una più agevole esposizione delle ragioni della presente decisione par d'uopo premettere talune considerazioni di ordine generale in merito ai due - ben distinti - rimedi previsti, rispettivamente, dall'art. 2476, VI co. c.c. e dall'art. 2394 c.c. in favore dei creditori sociali, danneggiati in conseguenza di condotte illegittime addebitabili agli amministratori della medesima società.

Partendo dal primo dei cennati rimedi, va rammentato che l'art. 2476 c.c., al co. 6 - con una previsione analoga a quella dettata dall'art. 2395 c.c. in tema di società per azioni - dispone testualmente che "le disposizioni dei precedenti commi (n.d.r. aventi ad oggetto la disciplina dell'azione sociale di responsabilità) non pregiudicano il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori".

Come noto, l'azione individuale spettante ai soci o ai terzi (e, dunque, anche ai creditori sociali) per il risarcimento dei danni ad essi derivati per effetto di atti dolosi o colposi degli amministratori rientra nello schema della responsabilità aquiliana, costituendo una

species della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c.

La cennata qualificazione del rimedio di cui all'art. 2476, VI co. c.c. rileva non solo ai fini del riparto dell'onere della prova ma anche in relazione al regime della prescrizione; ed infatti, il diritto del terzo al risarcimento dei danni cagionati direttamente al suo patrimonio dalle condotte dolose o colpose dell'amministratore di società si prescrive nel termine di cinque anni, che decorre dal verificarsi dell'evento lesivo.

Segnatamente, con riferimento a tale ultimo profilo va rammentato che il citato co. 6 dell'art. 2476 c.c. non riproduce quanto previsto in tema di prescrizione per l'analogo rimedio esperibile da soci e terzi nei confronti degli amministratori di società per azioni (art. 2395, co. 2 c.c.: "L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo"); pertanto, dovendosi escludere - a norma dell'art. 14 disp. prel. c.c. - la applicabilità in via analogica alle s.r.l. della "speciale" disposizione in tema di prescrizione trasfusa nel co. 2 dell'art. 2395 c.c., non può che ritenersi applicabile, con riferimento al rimedio di cui al co. 6 dell'art. 2476 c.c., la disposizione di portata generale contenuta nell'art. 2497 c.c. secondo cui la prescrizione in materia di diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito decorre dal giorno "in cui il fatto si è verificato", dovendosi intendere per tale - secondo la prevalente giurisprudenza - non già la semplice condotta illecita ma l'evento lesivo nel suo complesso (comprensivo, dunque, della lesione della sfera giuridica altrui).

Va, poi, rammentato che l'utile accesso all'azione di cui all'art. 2476, VI co. c.c. presuppone che i danni subiti dal socio o dal terzo non siano solo il riflesso di quelli arrecati eventualmente al patrimonio sociale, ma siano stati direttamente cagionati ai soci o terzi, come conseguenza immediata del comportamento degli amministratori medesimi; tale azione individuale, pertanto, è rimedio utilmente esperibile solo quando la violazione del diritto individuale del socio o del terzo sia in rapporto causale diretto con l'azione degli amministratori.

Per quanto, poi, di interesse nella fattispecie concreta, deve rammentarsi che l'azione contemplata dall'art. 2476, VI co. c.c. riguarda fatti che siano addebitabili esclusivamente agli amministratori e non riversabili sulla società, onde, anche sotto tale profilo, differisce dall'azione che può essere proposta direttamente nei confronti della società per violazione di specifici obblighi contrattuali o extracontrattuali su di essa gravanti.

In particolare, con riferimento all'azione individuale promossa dal terzo che abbia concluso con la società un contratto rimasto inadempito, par d'uopo precisare che la responsabilità che viene in rilievo per gli effetti di cui ai citati artt. 2476, VI co. 2395 c.c. non può farsi discendere da un mero inadempimento contrattuale della società,

ma postula la addebitabilità all'amministratore di attività ulteriori e diverse che, per la loro illiceità di natura extracontrattuale, ledano il diritto soggettivo patrimoniale del terzo.

Invero, l'inadempimento contrattuale di una società di capitali non può, di per sé, implicare responsabilità risarcitoria degli amministratori nei confronti dell'altro contraente, secondo la previsione dell'art. 2395 c.c. o dell'art. 2476, VI co. c.c., atteso che tale responsabilità - di natura extracontrattuale - postula fatti illeciti direttamente imputabili a comportamento colposo o doloso degli amministratori medesimi, come si evince, fra l'altro, dall'utilizzazione dell'avverbio "direttamente", che esclude che detto inadempimento e la pessima amministrazione del patrimonio sociale siano sufficienti a dare ingresso all'azione di responsabilità.

E così anche di recente la Suprema Corte ha ribadito quanto segue: "A fronte dell'inadempimento contrattuale di una società di capitali, la responsabilità risarcitoria degli amministratori nei confronti dell'altro contraente non deriva automaticamente da tale loro qualità, ma richiede, ai sensi dell'art. 2395 c.c., la prova di una condotta dolosa o colposa degli amministratori medesimi, del danno e del nesso causale tra questa e il danno patito dal terzo contraente" (Cass. Civ., Sez. I, 8 settembre 2015, n. 17794).

Quanto, poi, al secondo dei rimedi indicati, va rammentato che, a mente dell'art. 2394 c.c., gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (co. 1).

La responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali, ex art. 2394 c.c., è, dunque, sottoposta al duplice presupposto dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale e della conseguente sua insufficienza al soddisfacimento delle ragioni dei creditori.

E non par superfluo rammentare che - come desumibile dalla lettera dell'art. 2394 c.c. - l'insufficienza patrimoniale, cui si ricollega la responsabilità degli amministratori e dei sindaci della società verso i creditori, deve intendersi come eccedenza delle passività sulle attività del patrimonio netto dell'impresa, sussistendo allorquando l'attivo sociale, raffrontato ai debiti della società, sia insufficiente al loro soddisfacimento. L'insufficienza patrimoniale ex art. 2394 c.c., dunque, è una condizione più grave e definitiva della mera insolvenza, indicata dall'art. 5 l. fall. come incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, potendosi una società trovare nell'impossibilità di fare fronte ai propri debiti ancorché il patrimonio sia integro, così come potrebbe accadere l'opposto, vale a dire che l'impresa presenti una eccedenza del passivo sull'attivo, pur permanendo nelle condizioni di liquidità e di credito richieste (così, Cassazione civile sez. I, 25 luglio 2008, n. 20476). La situazione di insufficienza patrimoniale, inoltre, si differenzia anche dall'eventualità della

perdita integrale del capitale sociale, dal momento che quest'ultima evenienza può verificarsi anche quando vi è un pareggio tra attivo e passivo perché tutti i beni sono assorbiti dall'importo dei debiti e, quindi, tutti i creditori potrebbero trovare di che soddisfarsi nel patrimonio della società.

I precetti recati dall'art. 2394 c.c. configurano un'azione autonoma rispetto all'azione sociale di responsabilità (non surrogatoria, come invece ritenuto dalla più tradizionale interpretazione della giurisprudenza di legittimità: cfr. Cassazione civile, 14 dicembre 1991, n. 13498; Cassazione civile, 28 novembre 1984, n. 6187; Cassazione civile, 27 novembre 1982, n. 6431; Cassazione civile, 9 agosto 1977, n. 3652) e, quindi, una responsabilità diretta verso i creditori sociali degli amministratori che, con azioni ovvero omissioni costituenti violazione degli obblighi di cui all'art. 2392 c.c. quanto alla conservazione del patrimonio sociale, abbiano causalmente determinato l'insufficienza dello stesso al soddisfacimento dei creditori sociali: essa presuppone comportamenti degli amministratori funzionali ad una diminuzione del patrimonio sociale di entità tale da rendere lo stesso inidoneo per difetto ad assolvere la sua funzione di garanzia generica (art. 2740 c.c.), con conseguente diritto dei creditori sociali di ottenere, a titolo di risarcimento, l'equivalente della prestazione che la società non è più in grado di compiere (in questo senso, anche seguendo l'avviso della prevalente dottrina, Cassazione civile, 22 ottobre 1998, n. 10488).

Il *petitum* dell'azione ex art. 2394 c.c. è rappresentato, quindi, dalla riparazione del danno subito dal creditore attraverso la lesione della sua garanzia patrimoniale generica costituita dal patrimonio della società, ed il danno consiste nella diminuzione del valore di realizzazione del credito per effetto della riduzione delle possibilità di soddisfacimento dello stesso dovuta alla sopravvenuta insufficienza (ovvero azzeramento) della massa disponibile. In questa prospettiva, la ricostruzione della domanda di cui all'art. 2394 c.c. in termini di domanda spettante al creditore in via autonoma e non già surrogatoria consente di affermare che il risarcimento ottenuto in esito alla proposizione della domanda in argomento non vada a vantaggio della società (e, quindi, solo indirettamente in favore del creditore attore), ma direttamente al creditore che agisce in giudizio, sebbene il danno che viene allegato consista, in primo luogo, nella lesione perpetrata dagli amministratori all'integrità del patrimonio sociale e, solo di riflesso, nella lesione al diritto del creditore sociale.

In definitiva, dunque, presupposti necessari per l'esperimento dell'azione di responsabilità verso gli amministratori, ex art. 2394 c.c., devono ritenersi a) la veste di creditore sociale in capo all'istante; b) l'esistenza di un pregiudizio patrimoniale per il creditore, costituito dall'insufficienza del patrimonio sociale a soddisfarne le ragioni di credito; c) la condotta illegittima degli amministratori; d) un

rapporto di causalità tra pregiudizio e condotta, dovendosi, peraltro, commisurare l'entità del danno alla corrispondente riduzione della massa attiva disponibile in favore del medesimo creditore istante.

In particolare - giova rimarcarlo - l'utile accesso al rimedio di cui all'art. 2394 c.c. presuppone indefettibilmente la ascrivibilità, agli amministratori, di una condotta illegittima e la sussistenza di un rapporto di causalità tra tale condotta ed il pregiudizio subito dal patrimonio dell'ente (tale da risultare insufficiente al soddisfacimento dei creditori sociali).

Infine, par d'uopo rammentare che, in linea generale, "per l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore di una società di capitali non è sufficiente invocare genericamente il compimento di atti di *mala gestio* e riservare una più specifica descrizione di tali comportamenti nel corso del giudizio, atteso che per consentire alla controparte di approntare un'adeguata difesa, nel rispetto del principio processuale del contraddittorio, la *causa petendi* deve, sin dall'inizio, sostanziarsi nell'indicazione dei comportamenti asseritamente contrari ai doveri imposti agli amministratori dalla legge o dallo statuto sociale. Ciò vale tanto ove venga esercitata un'azione sociale di responsabilità quanto laddove venga esperita un'azione dei creditori sociali, perché anche la mancata conservazione del patrimonio sociale può generare responsabilità non già in conseguenza dell'alea insita nell'attività di impresa, ma in relazione alla violazione di doveri legali o statutari che devono essere identificati nella domanda nei loro estremi fattuali" (in tal senso, Cass. Civ., Sez. I, 27 ottobre 2006, n. 23180).

Fatte tali considerazioni di ordine generale e passando all'esame della fattispecie concreta va osservato che, quand'anche le deduzioni svolte da (*omissis*) fossero astrattamente idonee a fondare la responsabilità di (*omissis*) ex art. 2476, VI co., c.c., la pretesa risarcitoria azionata dovrebbe comunque disattendersi alla luce dell'eccezione di prescrizione tempestivamente sollevata dalla parte convenuta.

Ed infatti, nel caso di specie (*omissis*), non avendo allegato nessun'altra omissione e condotta illegittima addebitabili a (*omissis*), ha inteso evidentemente fondare l'azione di responsabilità nei confronti della stessa, ex art. 2476, VI co., c.c., sull'unica omissione dedotta in lite, ovvero la mancata consegna del certificato di abitabilità relativo all'immobile vendutogli dalla (*omissis*) s.r.l.

Pertanto, posto che la consegna in questione doveva aver luogo già nel maggio 2000 e che il pregiudizio prospettato dall'attore - in termini di minor valore del bene immobile vendutogli, dacché privo del documento attestante la relativa idoneità ad essere destinato ad uso abitativo - si è concretato, all'evidenza, al momento stesso dell'inadempimento, è indubbio che, alla data in cui è stato notificato l'atto introduttivo del giudizio innanzi al Tribunale di (*omissis*) (proseguito, poi, innanzi alla intestata Sezione specializzata in materia d'im-

presa) era da tempo vanamente decorso il termine quinquennale di prescrizione dell'azione ex art. 2476, VI co., c.c.

Né risulta che, prima dell'avvio del presente giudizio, (*omissis*) abbia indirizzato, nei confronti di (*omissis*) in proprio, atti di diffida e messa in mora rilevanti agli effetti della interruzione della prescrizione dell'azione volta a far valere la responsabilità risarcitoria della predetta amministratrice. Ad ogni buon conto, per mera completezza di argomentazione si osserva che, comunque, le doglianze svolte da (*omissis*) non potrebbero giammai valere a fondare la responsabilità di (*omissis*) ex art. 2476, VI co., c.c., anche, ex art. 2043 c.c., non avendo, l'attore, allegato, a fondamento delle pretese azionate, null'altro che l'inadempimento di una obbligazione gravante sulla (*omissis*) s.r.l. in forza del contratto di vendita di immobile concluso con tale società.

Va, poi, osservato che, all'affermazione della responsabilità risarcitoria di (*omissis*), in qualità di amministratrice della (*omissis*) s.r.l., non potrebbe pervenirsi neppure alla luce del disposto dell'art. 2394 c.c. ed in considerazione della prospettata incapienza patrimoniale di (*omissis*) s.r.l.

Invero, allo stato, in forza della accertata prescrizione della pretesa risarcitoria azionata da (*omissis*) nei confronti della società venditrice, va esclusa la sussistenza del presupposto primo per l'utile accesso al rimedio di cui all'art. 2394 c.c., ovvero la veste - in capo all'istante - di creditore di (*omissis*) s.r.l. le cui ragioni di credito siano rimaste insoddisfatte per insufficienza del patrimonio sociale.

Ad ogni buon conto - come sopra accennato - a fondare la responsabilità dell'amministratore ex art. 2394 c.c. non può valere la mera insufficienza del patrimonio sociale, occorrendo anche che la stessa sia conseguenza di atti di *mala gestio* ovvero di omissioni e condotte illegittime poste in essere dall'amministratore in violazione degli obblighi correlati alla carica e, segnatamente, in contrasto con il generale dovere di preservare l'integrità del patrimonio sociale.

Senonché, nel caso di specie, nulla è stato dedotto sul punto da (*omissis*), il quale si è limitato a dedurre che (*omissis*) s.r.l. era ormai inattiva e priva di dipendenti, e che dall'ultimo bilancio dalla stessa depositato risultavano perdite di esercizio per euro 9.584,00.

In conclusione, dunque, non può che pervenirsi all'integrale rigetto delle domande avanzate da (*omissis*). Segnatamente, va rigettata anche la domanda di ristoro dei danni per lite temeraria, formulata da (*omissis*) per la prima volta in seno alla comparsa conclusionale atteso che, nella fattispecie concreta, difetta il presupposto primo per l'affermazione della responsabilità processuale aggravata delle convenute, ovvero l'integrale soccombenza delle stesse.

Alla soccombenza consegue la condanna di (*omissis*) alla rifusione, in favore di (*omissis*) s.r.l. e di (*omissis*), delle spese del presente giudizio, nella misura liquidata in dispositivo tenendo conto della na-

tura e del valore della causa, del numero e del rilievo delle questioni affrontate nonché delle attività processuali espletate e documentate in atti, e facendo applicazione del D.M. n. 55/2014.

P.Q.M.

Il Tribunale di Roma - Sezione specializzata in materia d'impresa, come sopra composto, definitivamente pronunciando nel procedimento iscritto al N. 71499/2016 R.G., così provvede:

- Rigetta tutte le domande formulate da (*omissis*) nei confronti di (*omissis*) s.r.l. e di (*omissis*).
- Condanna (*omissis*) alla rifusione, in favore di (*omissis*) s.r.l. e di (*omissis*), delle spese del presente giudizio, che liquida in euro (*omissis*) per compensi professionali, oltre rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge.

Così deciso, in Roma, nella Camera di Consiglio del 19 febbraio 2019.

Il Giudice estensore Il Presidente
Clelia Buonocore Giuseppe Di Salvo

In tema di prescrizione dell'azione di responsabilità dei singoli soci o terzi verso gli amministratori di società di capitali

Francesco Butturini

Dottorando di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Abstract In a recent decision, on the legal actions against the directors of a limited liability company, the Court of Rome implicitly admits, by excluding the applicability of the discipline provided for public companies to limited liability companies, a literal interpretation of art. 2395, § II c.c., according to which for public companies the statute of limitation period would start from the day of the director's unlawful conduct. However, the general statute of limitation rules, as well as constitutional principles, seems to suggest a different interpretation, enhancing the emergence of the damage and its availability to the person entitled.

Keywords Business Corporation. Directors' Liability. Requirements. Prescription. The dies a quo of the statute of limitations on the action against Business Corporation' Directors.

1 Il caso e le questioni sottese

La sentenza del Tribunale di Roma che si commenta offre taluni spunti di riflessione su questioni attinenti alla prescrizione dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali.

L'attore, acquirente di un immobile, conveniva in giudizio la s.r.l. venditrice, chiedendo il risarcimento per la mancata consegna allo stesso del certificato di abitabilità relativo all'immobile compravenduto e, data la sopravvenuta insufficienza del patrimonio della società al soddisfacimento del credito risarcitorio (che l'attore imputava alla condotta di *mala gestio* dell'amministratore), citando in responsabilità anche l'amministratore ai sensi dell'art. 2394 c.c. Nel corso del processo - e precisamente in sede di memoria ex art. 183, co. 6, n. 1 c.p.c. - parte attrice supportava poi la propria domanda nei confronti dell'amministratore invocando anche l'applicazione dell'art. 2476, co. 6 c.c. (*ante riforma*² ed applicabile *ratione temporis* al caso

2 Il quale dispone che «Le disposizioni dei precedenti commi non pregiudicano il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori». La medesima dispo-

di specie), al fine di ottenerne in ogni caso la condanna per il danno diretto asseritamente subito.

Il Tribunale di Roma rigetta la domanda dell'attore volta a far valere la responsabilità della società per inadempimento contrattuale, affermando l'intervenuta prescrizione decennale dell'azione, e respinge di conseguenza anche l'azione di responsabilità verso l'amministratore ex art. 2394 c.c., sostenendo da un lato che, in forza dell'accertata prescrizione della pretesa risarcitoria nei confronti della società, mancava il «presupposto primo per l'utile accesso al rimedio di cui all'art. 2394 c.c., ovvero la veste - in capo all'istante - di creditore», e dall'altro che, nel caso di specie, l'attore si era limitato a far valere la mera insufficienza del patrimonio sociale, senza nulla dedurre sugli atti di *mala gestio* da cui tale insufficienza patrimoniale sarebbe derivata, che pure rappresentano un requisito necessario per fondare una responsabilità dell'amministratore ex art. 2394 c.c. Esclude infine la responsabilità dell'amministratore ex art. 2476, co. 6 c.c., affermando che anche per essa era decorso il termine di prescrizione, in questo caso quinquennale, trattandosi di illecito aquiliano³.

La vicenda offre lo spunto al Tribunale - oltre che per una disamina su quelli che esso stesso definisce i «due - ben distinti - rimedi previsti, rispettivamente, dall'art. 2476, co. 6, e dall'art. 2394 cod. civ.» - per una (laconica) considerazione sul termine di decorrenza della prescrizione dell'azione di cui allo stesso art. 2476, co. 6, c.c. che, seppure non direttamente incidente sulla *ratio decidendi*, pare interessante approfondire, anche alla luce delle peculiarità delle previsioni codicistiche, e che quindi costituisce oggetto di questa breve nota.

sizione è "slittata" oggi al co. 7 a seguito del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, art. 378.1 che ha introdotto al co. 6 la previsione per cui «Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. La rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrano gli estremi». Giova sottolineare sin da ora come il nuovo comma riproduca, per gli amministratori di s.r.l., quanto già previsto all'articolo 2394 c.c. in materia di responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali, v. *infra*, par. 4.

3 È noto, infatti, e lo rileva anche il Tribunale di Roma, che la responsabilità degli amministratori verso i soci e i terzi direttamente danneggiati rientra nello schema della responsabilità aquiliana, costituendo una *species* della responsabilità *extracontrattuale*; per tutti, v.: G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*⁹, a cura di M. Campobasso, Milano, 2015, II, p. 391; P.M. SANFILIPPO, *Gli amministratori*, in *Diritto commerciale, Diritto delle società*, a cura di M. Cian, Torino, 2017, III, pp. 532 ss.; G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*², Bologna, 2019, II, p. 490; e che, ai sensi dell'art. 2947, co. 1 c.c., il termine di prescrizione in materia di risarcimento del danno derivante dal fatto illecito è di 5 anni dal giorno in cui il fatto si è verificato.

2 La decorrenza della prescrizione: disciplina generale e speciale

Come è noto, la prescrizione è un istituto che provoca l'estinzione del diritto quale conseguenza dell'inerzia al suo esercizio da parte del titolare protratta per un periodo di tempo stabilito dal legislatore (artt. 2934 ss. c.c.)⁴. In particolare, il profilo che si intende trattare nelle pagine che seguono è quello del termine di decorrenza della prescrizione, al fine di individuare il giorno a partire dal quale il trascorrere del tempo inizia ad assumere rilevanza⁵.

La norma generale di riferimento – come noto – è quella dettata dall'art. 2935 c.c., secondo cui «La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere». Nonostante le migliori intenzioni del legislatore del '42⁶, la scelta di dettare una norma di portata generale – per di più solo apparentemente chiara⁷ – sulla

⁴ Naturalmente, vi è una vasta letteratura attorno all'istituto della prescrizione: a tal proposito, giova rimandare, almeno, a F. CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 33 ss.; A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971; G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Roma-Bologna, 1977; C. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1985, p. 624 ss.; P.G. MONATERI, C. COSTANTINI, *La prescrizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009; P. VITUCCI, F. ROSELLI, *La prescrizione*², I, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, a cura di F. Roselli, Milano, 2012; M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Prescrizione e decadenza nel diritto civile. Aspetti sostanziali e strategie processuali*, Torino, 2015. Nelle voci enciclopediche, cfr. B. GRASSO, *Prescrizione - Diritto privato* (voce), in *Enc. Dir.*, 1986, XXXV, p. 56 ss. Da ultimo, si v. G. MAGRI, *La prescrizione: ricodificazione degli ordinamenti giuridici europei e prospettive di modernizzazione del diritto italiano*, Napoli, 2019. Con specifico interesse al diritto societario: R. RIVARO, *La prescrizione nel diritto societario*, Milano, 2017. Spunti di carattere comparativistico in R. ZIMMERMAN, *Comparative Foundations of European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge University Press, 2002.

⁵ Per alcune notazioni storiche, cfr. A. GUARNERI, *L'exordium praescriptionis*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1129 ss.

⁶ L'opportunità di una tale previsione generale, inserita nel Codice Civile del 1942, venne sottolineata nella Relazione al Re (n. 1198), per la quale, con la disposizione in oggetto, si sarebbe colmata una precedente lacuna normativa introducendo il principio per cui la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere: si specificava, quindi, che «l'espressione deve essere intesa con riferimento alla possibilità legale, non influendo sul decorso della prescrizione, salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto». Si ritiene in dottrina, che, con tale formulazione, il legislatore abbia inteso recepire nell'ordinamento domestico la teoria della "realizzazione" in luogo di quella, cosiddetta, della "lesione": cosicché il termine di prescrizione decorrerebbe dal momento in cui se ne possa sperimentare la tutela e non da quello in cui il diritto sia stato violato. Sulla scelta operata dal legislatore nel 1942, cfr. *ex multis*: P.G. MONATERI, C. COSTANTINI, *op. cit.*, p. 112; C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 101; P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990, p. 77.

⁷ Tra le molte ricostruzioni, si è detto che «il giorno in cui il diritto può essere fatto valere è quello nel quale l'interesse, pur potendo realizzarsi, comincia ad essere insoddisfatto per inerzia o mancata reazione del titolare del diritto» (P. VITUCCI, *op. cit.*, p.

precisa individuazione del *dies a quo* ha suscitato in dottrina «sentimenti di sconforto», alla luce dell'ampia congerie dei diritti sui quali la prescrizione può insistere, così come della profonda diversità delle modalità di esercizio degli stessi⁸, che rendono problematica «ogni formulazione, come quella della norma in esame, che pretenda di costituire un pezzo di “parte generale” del diritto civile»⁹. Si è quindi considerato necessario analizzare la portata della norma in relazione alle diverse fattispecie da cui originano i diritti soggettivi e i rapporti ai quali la prescrizione può applicarsi¹⁰.

Con specifico riguardo alle azioni risarcitorie esperibili nei confronti degli amministratori di società di capitali, inoltre, la stessa possibilità di applicare l'art. 2935 c.c. non è scontata, giacché, quantomeno con specifico riferimento alle società per azioni, il codice contiene delle previsioni che incidono direttamente sul tema della decorrenza del termine di prescrizione, e precisamente:

80.). L'inerzia assumerebbe una rilevanza del tutto peculiare, sì che «[l]'effetto estintivo insito nella prescrizione si giustifica [...] davanti ad un'inerzia – per così dire – colpevole, che si registra quando il diritto può essere sperimentato. Il fattore temporale non è infatti di per sé rilevante se non è accompagnato all'inerzia qualificata del soggetto» (C. CICERO, M. MAXIA, *Percezione del pregiudizio e decorrenza della prescrizione*, in *Riv. not.*, 2019, p. 360; *contra* v. P.G. MONATERI, C. COSTANTINI, *op. cit.*, pp. 23 e 26, secondo cui «solo il tempo appare poter essere elemento della fattispecie col suo trascorrere», mentre l'inerzia non costituisce elemento autonomo «ma si identifica con la mancanza di uno degli atti di interruzione da parte del titolare stesso di cui all'art. 2943 c.c., così come disciplinati, quanto ai loro effetti, dall'art. 2945 c.c.»). Si è, quindi, giunti alla conclusione per cui «sussisterebbe una impossibilità giuridica di esercizio del diritto in tutte le fattispecie nelle quali l'ordinamento giuridico, per l'aver assegnato una particolare struttura ad una determinata situazione giuridica, o per l'aver disciplinato un impedimento di portata più generale, renda temporaneamente non attuale l'interesse del titolare del diritto all'esercizio del diritto medesimo e, pertanto, sostanzialmente privi detto soggetto della possibilità di sperimentare utilmente la tutela nei confronti della controparte» (in questi termini: M. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità. La rilevanza civilistica del principio* *contra non valentem agere non currit praescriptio*, Padova, 2006, p. 177); dunque «[s]i concorda [...] nel ritenere che il decorso della prescrizione sia escluso, ai sensi dell'art. 2935, da qualunque impedimento di diritto che [...] esclude l'attualità dell'interesse del titolare del diritto» (F. ROSELLI, *Sull'impedimento e sulla sospensione del termine di prescrizione*, in *Giur. it.*, 1998, I, c. 611; similmente anche A. AURICCHIO, *op. cit.*, p. 27 ss., per il quale «[l]a rilevanza giuridica del comportamento omissivo del titolare si qualifica come inerzia sol quando concorrano circostanze di fatto che facciano intendere attuale e diretto l'interesse all'esercizio del diritto»).

8 Quella degli atti di esercizio del diritto (di cui all'art. 2935 c.c.) viene definita da alcuni Autori quale «categoria dogmatica [...] tutt'altro che sicura» che rende ancora più inaccessibile l'apparente *reductio ad unum* della norma: v. P. VITUCCI, F. ROSELLI, *op. cit.*, p. 110.

9 P.G. MONATERI, C. COSTANTINI, *op. cit.*, p. 112; P. VITUCCI, *op. cit.*, p. 77. Sul punto anche A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 1129 ss., nonché F. ROSELLI, P. VITUCCI, *Le «disposizioni generali» sulla prescrizione*, in *Trattato di diritto privato*², diretto da P. Rescigno, Milano, 1998, p. 481, per i quali la difficoltà dell'art. 2935 c.c. risiederebbe nell'aver tentato di «fornire soluzione unitaria al poliedrico problema della decorrenza della prescrizione».

10 P.G. MONATERI, C. COSTANTINI, *op. cit.*, p. 112 ss.

- a. l'art. 2393, co. 4 c.c., secondo cui, in tema di responsabilità degli amministratori nei confronti della società, «L'azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica»¹¹;
- b. l'art. 2394 c.c., per il quale, con riguardo all'azione esperibile dai creditori sociali, «L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti»;
- c. l'art. 2395 c.c., il quale, disciplinando l'azione individuale del singolo socio o del terzo, stabilisce, al co. 2, che «L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo»¹².

Sul piano letterale, tali disposizioni – che sembrano porsi in rapporto di “specialità” rispetto all'art. 2935 c.c. – prevedono un *dies a quo* di volta in volta distinto e diverso anche da quello espresso dalla disposizione generale dell'art. 2935 c.c.¹³

11 A favore della natura prescizionale del termine si esprime la dottrina maggioritaria: cfr. *ex plurimis*: P. MARCHETTI, *Art. 2393, quarto comma: prescrizione o decadenza?*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova: prospettive e limiti dell'autonomia privata*, a cura di G. Gitti et al., Milano, 2015, p. 1965 ss.; P.G. MONATERI, C. COSTANTINI, *op. cit.*, p. 310; L. CALVOSA, *La prescrizione dell'azione sociale di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società per azioni*, in *Liber amicorum Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarone Alibrandi, Torino, 2014, p. 936 ss.; A. PICCIAU, *Commento sub art. 2393*, in *Amministratori. Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti et al., Milano, 2005, p. 591 ss.; L. NAZZICONE, *Commento sub art. 2393*, in *Amministrazione e controlli nella società per azioni*, di L. Nazzicone e S. Providenti e a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2010, p. 295.

Contra, nel senso di qualificare il termine come decadenziale, v.: E. DALMOTTO, *Commento sub art. 2393*, in *Il nuovo diritto societario, commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti*, Bologna, 2004, p. 799 ss.; M. DE ACUTIS, R. SANTINI, *S.p.a.: amministrazione e controllo: le nuove regole dopo il D.lgs. 6/2003*, Milano, 2004, p. 57; G. COSTANTINO, *La responsabilità degli organi societari: profili processuali*, in *Le Società*, 2007, p. 212 ss.; M. BUSSOLETTI, *Le nuove norme del codice civile in tema di processo societario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 312; S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 297; A. ROSSI, *Commento sub art. 2393*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, 2005, I, p. 815 ss. Circa le conseguenze pratiche derivanti dalla diversa qualificazione cfr. M. FRANZONI, *Commento sub art. 2395*, in *Commentario Scialoja-Branca. Della società per azioni*, tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo*, Artt. 2380-2396, Bologna-Roma, 2008, p. 536 ss.

12 Nonostante il legislatore abbia ommesso (anche in questo caso) di specificare la natura del termine, pacifica, in dottrina, appare la ricostruzione prescizionale dello stesso, v. G.M. ZAMPERETTI, *Commento sub art. 2395*, in *Il nuovo diritto societario. Artt. 2325-2409 c.c.*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 830. Circa la natura dell'azione, ritenuta prevalentemente di tipo *extracontrattuale*, v. *supra* nota 2.

13 Quest'ultimo, secondo l'interpretazione prevalente, richiede che il diritto sia, quantomeno, «esistente (essendosi perfezionata la sua fattispecie costitutiva)», M. GERARDO, A. MUTARELLI, *op. cit.*, pp. 67 e 84 ss. V. inoltre: P. VITUCCI, F. ROSELLI, *La prescrizione*, cit., p. 161 ss.; C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 343 (ove ampi rimandi giurisprudenziali);

Con riferimento alle s.r.l., invece, il legislatore della riforma del 2003 non ha ritenuto di disciplinare espressamente il profilo della prescrizione, facendo quindi sorgere il legittimo interrogativo relativo all'alternativa tra l'applicazione analogica delle disposizioni dettate in materia di s.p.a. o invece il ricorso alla regola generale dell'art. 2935 c.c.¹⁴

Il Tribunale di Roma, almeno rispetto all'art. 2395, co. 2, c.c., scioglie l'alternativa nel secondo senso, osservando che «il comma VI dell'articolo 2476 c.c. non riproduce quanto previsto in tema di prescrizione per l'analogo rimedio esperibile da soci e terzi nei confronti degli amministratori di società per azioni [...] dovendosi escludere - a norma dell'art. 14 disp. prel. c.c. - la applicabilità in via analogica della "speciale" disposizione in tema di prescrizione trasfusa nel secondo comma dell'art. 2395 c.c.».

Senonché, la posizione del Tribunale di Roma sembra ignorare una ulteriore possibilità, chiaramente valorizzata da una nota pronuncia della Corte Costituzionale, che ha osservato come mentre «in alcuni casi [...] la determinazione della decorrenza stabilita dalla legge costituisce una deroga al principio generale che la prescrizione inizia il suo corso dal momento in cui sussiste la possibilità legale di far valere il diritto», in altre ipotesi «l'indicazione espressa della decorrenza costituisce una specificazione del principio enunciato dall'art. 2935 cod. civ.»¹⁵.

Per esaminare la correttezza della posizione del Tribunale, occorre quindi indagare l'effettiva portata delle suddette norme "speciali" dettate in tema di s.p.a. e il loro rapporto con l'art. 2935 c.c., e, nella misura in cui risulti confermato che esse pongono effettivamente una deroga a tale disposizione, interrogarsi sulla ragionevolezza della loro applicazione analogica alle s.r.l. ovvero della diversità di disciplina in tema di decorrenza della prescrizione dell'azione di responsabilità tra i due tipi sociali s.p.a. e s.r.l.

R. VIGLIONE, *Commento sub art. 2935*, in *Commentario breve al codice civile Cian Trabucchi*¹¹, a cura di G. Cian, Padova, 2014, p. 3920 e *Id.*, *Commento sub art. 2947*, *ivi*, p. 3935. Per l'orientamento più rigoroso che legherebbe il *dies a quo* al compimento del fatto doloso o colposo, seppur distinguendo tra le ipotesi di responsabilità contrattuale e aquiliana: P.G. MONATERI, C. COSTANTINI, *op. cit.*, p. 114., in giurisprudenza, aderendo a tale impostazione, Cass., 28 gennaio 2004, n. 1547, in *Danno e resp.*, 2004, p. 389 ss. con nota di P.G. MONATERI.

¹⁴ Salvo introdurre, con il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, il nuovo co. 6 dell'art. 2476 c.c., che, nel disciplinare ora l'azione dell'azione di responsabilità da parte dei creditori sociali, contiene una disposizione identica a quella dell'art. 2394, co. 2, citato nel testo. Sul punto si tornerà nel prosieguo del lavoro.

¹⁵ Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 78, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, p. 423 ss.

3 L'azione dei singoli soci o terzi (art. 2395 c.c.)

Come appena accennato, il Tribunale di Roma, dichiarando il carattere di specialità dell'art. 2395, co. 2 c.c., - che fa decorrere il termine di prescrizione (quinquennale) dal «compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo» - esclude l'estensione in via analogica di tale previsione al rimedio previsto all'art. 2476, co. 6 c.c. nell'ambito della s.r.l., predicando implicitamente l'applicazione delle disposizioni generali di cui all'art. 2935 c.c. e - trattandosi di responsabilità aquiliana¹⁶ - di cui all'art. 2947 c.c.¹⁷

Per una parte della dottrina, l'introduzione della "norma speciale" dell'art. 2395, co. 2 c.c., ad opera del legislatore della riforma del 2003, rappresenterebbe uno scostamento rispetto all'orientamento prevalente nella giurisprudenza, secondo cui il termine di prescrizione iniziava a decorrere dal momento della conoscibilità del pregiudizio da parte del titolare della pretesa risarcitoria¹⁸. Il legislatore avrebbe così inteso «fissare con certezza il momento iniziale del decorso del termine»¹⁹, «anticipa[ndo] la decorrenza al momento in cui la condotta illecita sia cessata piuttosto che al verificarsi del danno o alla sua presa di cognizione da parte del danneggiato»²⁰.

Conseguentemente - nell'ipotesi al ricorrere della quale la nor-

¹⁶ V. *supra*, nota 2.

¹⁷ L'art. 2947, co. 1, c.c., facendo applicazione dell'art. 2935 c.c. (C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 342), stabilisce che il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni «dal giorno in cui il fatto si è verificato». Secondo autorevole dottrina, si ritiene che, ai fini della decorrenza della prescrizione per la responsabilità aquiliana, «il "fatto illecito" generatore del diritto al risarcimento del danno sia non quello in cui la condotta illecita è stata consumata e il danno si è verificato, bensì, quello in cui il danno è divenuto oggettivamente percepibile dal danneggiato», così P. VITUCCI, F. ROSELLI, *op. ult. cit.*, p. 112 e, *supra*, nota 12. Similmente C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 343, secondo cui il «concetto di "fatto" [...] deve ritenersi esteso all'evento nel suo complesso, comprensivo, cioè, non soltanto del comportamento doloso o colposo dell'agente, ma anche delle conseguenze di danno», (negli stessi termini si esprime anche il Tribunale di Roma) precisando inoltre che «il momento iniziale della prescrizione è quello nel quale l'evento dannoso si è rivelato non solo in alcune ma in tutte le sue componenti».

¹⁸ *Ex multis*: Cass. 26 febbraio 1982, n. 1222, in *Dir. fall.*, 1982, p. 578; Trib. Milano, 21 ottobre 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 554; Trib. Milano, 30 marzo 2001, in *Soc.*, 2002, p. 616. Medesime considerazioni vengono svolte dalla dottrina con riguardo all'art. 2393, co. 4; sul punto *infra* nota 27.

¹⁹ L. SAMBUCCI, *Commento sub art. 2395*, in *Società di Capitali. Commentario, artt. 2380-2448*, a cura di G. Nicolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, II, p. 720; P. CHIRICO, *Natura del termine per l'esercizio dell'azione di responsabilità nella s.p.a.*, in *Soc.*, 2006, p. 1094; A. PERRONE, *Commento sub art. 2395*, in *Commentario breve al codice civile*¹¹, a cura di G. Cian, Padova, 2014, p. 2948.

²⁰ A. DE NICOLA, *Commento sub art. 2395*, in *Amministratori, Commentario alla riforma delle società*, a cura di F. Ghezzi, Milano, 2005, p. 661; negli stessi termini C. DI DONATO, *Azione di responsabilità «individuale» del socio verso l'amministratore*, cit., p. 261 e A. SILVESTRINI, *Responsabilità degli amministratori nella s.p.a. e nella s.r.l. dopo la riforma societaria*, in *Soc.*, 2004, p. 694.

ma ha trovato finora maggiore applicazione pratica, i.e. l'induzione di soci o terzi alla sottoscrizione di un aumento di capitale a prezzo eccessivamente oneroso, perché fondato su un falso bilancio redatto dagli amministratori - il termine di prescrizione nelle s.p.a. «decorrerebbe dalla data di approvazione del bilancio e non dal giorno in cui fu sottoscritto l'aumento di capitale, né tanto meno dal momento, ancora successivo, in cui i danneggiati hanno avuto la possibilità di rendersi conto della falsità del bilancio»²¹.

Tuttavia, altra parte della dottrina, difendendo il predetto orientamento giurisprudenziale, non manca di segnalare che l'asserita scelta del legislatore della riforma presenterebbe talune criticità, alla luce di due principi costituzionali.

Anzitutto, un termine di decorrenza così anticipato sarebbe in contrasto con l'art. 24 Cost.: quando il danno non sia contestuale al compimento dell'atto, infatti, la prescrizione potrebbe consumarsi in un momento in cui il titolare dell'eventuale pretesa risarcitoria non solo non «è in grado di sapere di essere titolare del diritto [...] ma addirittura quando costui non è ancora titolare del diritto *tout court*»²²; e «il decorrere di un termine collegato a un fatto illecito che non ha ancora avuto riverberi nella sfera del legittimato attivo inciderebbe in modo illegittimo sul diritto costituzionalmente garantito di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti»²³.

Inoltre, la norma violerebbe l'art. 3 Cost., con riguardo all'ingiustificata disparità di trattamento della responsabilità degli amministratori di s.p.a. non solo rispetto a quella degli amministratori di s.r.l.²⁴, ma più in generale alle altre ipotesi di responsabilità acqui-

21 A. SILVESTRINI, *Commento sub. art. 2395*, in *La riforma delle società*, I, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 510 e Id., *Responsabilità degli amministratori nella s.p.a. e nella s.r.l.*, cit., p. 694. Cfr. anche F. VASSALLI, *Commento sub art. 2395*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, cit., p. 187, per il quale un tale termine certo di decorrenza impone «ai soci e ai terzi che hanno avuto rapporti con la società l'onere di controllare diligentemente ogni fatto gestorio che possa avere incidenza sui loro diritti, per valutarne tempestivamente se sussistono i presupposti per una azione risarcitoria». *Contra* L. NAZZICONE, *Commento sub art. 2395*, in *Amministrazione e controlli nella società per azioni*, di L. Nazzicone e S. Providenti e a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2010, p. 326.

22 V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2006, II, pp. 908 e s.

23 G.M. ZAMPERETTI, *op. cit.*, p. 833; V. PINTO, *op. cit.*, p. 907 ss.; negli stessi termini anche: G. PRESTI, M. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 490; P.M. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 535; A. AUDINO, *Commento sub art. 2395*, in *Commentario breve al diritto delle società* a cura di A. Maffei Alberti, Milano, 2017, pp. 805 e s.; M. MOZZARELLI, *Commento sub art. 2395*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, Tomo I, diretta da P. Abbadessa e G.B. Portale (e a cura di Mario Campobasso, Vincenzo Cariello e Umberto Tombari), Milano, 2016, p. 1470; L. CALVOSA, *op. cit.*, p. 945.

24 R. RIVARO, *op. cit.*, p. 198; G.M. ZAMPERETTI, *op. cit.*, p. 830 ss. *Contra* E. RIMINI, *La responsabilità nei confronti dei soci e dei terzi direttamente danneggiati*, in *Commen-*

liana in quanto «l'asserita esigenza di certezza dei rapporti sociali non appare una ragione sufficiente per penalizzare così fortemente, in punto di decorrenza del termine di prescrizione, la posizione sostanziale dei soci e dei terzi direttamente lesi ai sensi dell'art 2395 c.c. rispetto a quella di altri soggetti danneggiati da un illecito extracontrattuale (né, correlativamente, per attribuire al riguardo una posizione di vantaggio agli amministratori rispetto ad ogni altro soggetto danneggiante)»²⁵.

Per queste ragioni, e al dichiarato fine di evitare la censura di incostituzionalità da parte della Corte Costituzionale, si suggerisce un superamento del dato letterale della norma, dando prevalenza al carattere "pregiudizievole" «dell'atto che ha *pregiudicato* il socio o il terzo», e facendo così decorrere la prescrizione dal completo spiegarsi dello «sviluppo causale» dell'atto, «quantomeno fino al primo momento in cui l'evento dannoso (senza il quale l'atto, seppur illecito, non sarebbe nemmeno civilisticamente sanzionabile) sia conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza dal singolo socio o terzo»²⁶. Secondo tale ricostruzione, la disposizione, in linea con la natura ex-

tario S.r.l., dedicato a G.B. Portale, a cura di A. Dolmetta e G. Presti, Milano, 2011, p. 698, per il quale non sussiste disparità di trattamento «atteso che le maggiori esigenze di certezza dei rapporti giuridici che caratterizzano il ridisegnato impianto normativo della S.p.A. ha fatto ritenere ragionevole, o forse addirittura opportuna, l'imposizione di un più contenuto arco temporale entro il quale i singoli soggetti interessati possono esperire le loro pretese risarcitorie».

25 V. PINTO, *op. cit.*, p. 909 nt. 34.

26 G.M. ZAMPERETTI, *op. cit.*, P. 833. Per un'interpretazione «conservativa» della norma, «che intenda il *dies a quo*, ossia l'"atto", come comprendente il suo sviluppo causale valorizzando all'uopo l'esplicito riferimento alla sua efficacia pregiudizievole», v. invece M. SPIOTTA, *L'amministrazione*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da G. Cottino, e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2009, p. 547; insistono sul dato letterale dell'atto pregiudizievole per la corretta interpretazione anche V. PINTO, *op. cit.*, p. 910 e L. NAZZICONE, *op. ult. cit.*, p. 326. In argomento si veda anche M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 599, secondo il quale occorre che «tutti gli elementi della fattispecie risarcitoria siano presenti, dunque occorre che anche il pregiudizio si sia prodotto nel patrimonio del socio o del terzo» non essendo tuttavia chiaro se sia sufficiente il verificarsi del danno o anche la sua conoscibilità. Sul punto anche R. RIVARO, *op. cit.*, p. 198, e *Id.*, *Prescrizione delle azioni di responsabilità e (in)certeza del diritto*, in *Giur. it.*, 2016, p. 391 ss., che individua il *dies a quo* nel giorno del verificarsi del danno. Ascoso per certi aspetti è il pensiero di Calvosa che non ritiene, invece, condivisibile una interpretazione di tipo correttivo (in senso lato); secondo l'Autrice «è pacifico che debba aversi riguardo al momento in cui il danno viene subito (e percepito)», L. CALVOSA, *op. cit.*, p. 945; l'A., diversamente dai rilievi proposti per l'art 2393 c.c., svaluta, in questo caso, il dato letterale senza, tuttavia, offrire valido supporto alle proprie argomentazioni. Contro una tale interpretazione si pone la suddetta dottrina (*supra* note 18, 19 e 20) che esalta il carattere innovativo della norma volto a «tutelare l'interesse alla certezza dei rapporti ed al conseguente esaurimento degli effetti di questi», suggerendo, quindi, «un'interpretazione della volontà legislativa che si attenga al tenore letterale della norma, così da consentire, dunque, di evitare [una] sorta di "smottamento" del termine che, al contrario, l'accoglimento [di una diversa] tesi determinerebbe» C. DI DONATO, *op. cit.*, p. 261.

tracontrattuale della responsabilità da essa disciplinata, non farebbe pertanto che replicare quanto già disposto – nella lettura datane dalla dottrina prevalente – dall'art. 2947 c.c.²⁷.

4 La decorrenza del termine di prescrizione e profili costituzionali

Come osservato, le principali criticità dell'art. 2395, co. 2, c.c. evidenziate da parte della dottrina²⁸, riguardano la “tenuta” della norma alla luce di due fondamentali principi costituzionali: il principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) e il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.).

Sul punto, si rendono opportune talune considerazioni.

Quanto all'art. 24 Cost., secondo una lettura risalente, la difesa dei propri diritti va intesa in senso materiale, vale a dire come garanzia della «possibilità di tutelare in giudizio le proprie ragioni, con le forme ed i mezzi che assicurano la istituzione e lo svolgimento del contraddittorio»²⁹. E poiché un «[p]resupposto indissolubile per l'e-

²⁷ Sul punto cfr. V. PINTO, *op. cit.*, p. 907 e, *supra*, nota 16.

²⁸ Giova segnalare che il dibattito sull'art. 2395, co. 2 c.c., si ripropone (quasi) negli stessi termini anche con riguardo alla decorrenza del termine di prescrizione dell'azione sociale di responsabilità di cui all'art. 2393, co. 4 c.c. Invero, il dato letterale dell'articolo 2393, co. 4 c.c., appare ben più tranciante rispetto alla previsione dell'art. 2395, laddove si stabilisce che «L'azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica». Si sostiene che la previsione risponderebbe alla esigenza di «evitare che gli organi sociali siano sostanzialmente esposti *sine die* al rischio di un'azione di responsabilità» (L. CALVOSA, *op. cit.*, p. 938); così, il carattere innovativo della disposizione risiederebbe nella predeterminazione di una decorrenza certa del termine di prescrizione «[c]hé, diversamente, l'introduzione della nuova norma non avrebbe avuto ragion d'essere» (*ibidem*; negli stessi termini: P. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 1967; F. VASALLI, *Commento sub art. 2393*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, Padova, 2011, II, p. 162; P. CHIRICO, *op. cit.*, p. 1093). *Contra*, ritenendo che una interpretazione aderente al dato letterale pregiudichi anzitutto il diritto all'accesso ad una tutela giurisdizionale effettiva di cui all'articolo 24 Cost., quindi il principio di uguaglianza, mancando una norma analoga in materia di s.r.l., v.: R. RIVARO, *La prescrizione nel diritto societario*, cit., p. 152 ss.; S. AMBROSINI, *Il termine per l'esercizio delle azioni di responsabilità: prescrizione o decadenza?*, in *Le Società*, 2004, p. 1481, secondo il quale la qualificazione del termine come prescrizione impone l'applicazione integrale della relativa disciplina a cominciare dal principio per cui «*actio nondum nata non praescribitur*»; F. BRIOLINI, *Commento sub art. 2393*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretta da P. Abbadessa, G.B. Portale (e a cura di M. Campobasso, V. Cariello e Umberto Tombari), Milano, 2016, t. I, p. 1413; P.G. MONATERI, C. COSTANTINI, *op. cit.*, p. 312; F. AULETTA, *Commento sub art. 2393*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, I, p. 482, che, rilevando il carattere innovativo dato da un *dies a quo* «assolutamente certo», ne limita la portata alle «sole ipotesi di dissesto patrimoniale che si sia tradotto in procedura d'insolvenza». Sul punto anche E. DALMOTTO, *op. cit.*, p. 801, che qualifica, tuttavia, il termine come decadenziale.

²⁹ Corte Cost., 22 giugno 1963, n. 108 su *deJure.it*. A questo si aggiunge che «le norme che direttamente o indirettamente sottraggono all'autorità giudiziaria, in tutto o

esercizio del diritto di difesa è la titolarità di una situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale, il cui riconoscimento costituisce la base della pretesa fatta valere in giudizio»³⁰, è giocoforza ritenere che il decorso del termine prescrizione già dal compimento dell'atto (così come del resto dalla cessazione della carica ex art. 2393, co. 4, c.c.), senza che vi sia stata ancora emersione di alcun danno e, quindi, senza che sia ancora sorto il diritto al risarcimento, realizzerebbe una evidente contraddizione all'interno dell'ordinamento giuridico, che, pur riconoscendo come meritevole di tutela l'interesse del terzo o del socio danneggiato, la ridurrebbe a mera apparenza lasciando correre la prescrizione anche quando tale tutela non sia ancora concretamente possibile.

Quanto alle altre molteplici e diverse ipotesi di deroga all'art. 2935 c.c., pur previste nell'ordinamento³¹, e riconosciute dalla stessa Corte Costituzionale³², si è osservato che esse, nell'attribuire «rilevanza a impedimenti di fatto diversamente ininfluenti», lasciano «sempre intatto il nucleo precettivo minimo dell'art. 2935 cod. civ., che condiziona l'avvio della prescrizione all'avvenuta nascita del diritto»³³. La stessa Corte Costituzionale precisa infatti che il termine di prescrizione può iniziare a decorrere solo «dal giorno in cui il diritto (già sorto) può essere fatto legalmente valere, in coerenza con la *ratio* dell'istituto che postula l'inerzia del titolare del diritto stesso, nonché con la finalità di demandare al giudice l'accertamento sul punto, in relazione alle concrete modalità della fattispecie»³⁴. Anche a prescindere dall'adesione alla tesi per cui la condotta omissiva del titolare del diritto, che giustificherebbe il decorrere della prescrizione, dovrebbe necessariamente qualificarsi come inerzia (quantomeno) colpevolmente imputabile, la posizione su cui si è attestata la Corte Costituzionale appare perfettamente coerente con l'antico brocardo per cui «*actioni nondum natae non praescribitur*» e con le norme di carattere generale dettate agli artt. 2934 ss. c.c., secondo le quali il titolare del diritto può soffrire la prescrizione solo a partire dal mo-

in parte, il "giudizio" violano il precetto costituzionale», in quanto «solo il giudice può concedere o negare la tutela, verificandone in giudizio i presupposti», A. POLICE, *Commento Sub art. 24*, in *Commentario alla Costituzione*, I, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Milano, 2006, p. 510.

30 A. POLICE, *op. cit.*, p. 503.

31 Sul punto C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 116; con riguardo alle deroghe nella legislazione speciale, cfr. E. MINERVINI, *La prescrizione dei diritti di credito tra esigenza di certezza e bisogno di giustizia*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 526.

32 Corte Cost., 5 aprile 2012, *cit.*

33 R. RIVARO, *op. ult. cit.*, p. 151 ss.

34 Corte Cost., 5 aprile 2012, *cit.*

mento in cui il suo diritto, già sorto, sia esercitabile³⁵. Di contro, far decorrere la prescrizione dal momento della condotta illecita³⁶ (così come da altri momenti in cui il danno potrebbe non essere emerso, come ad es. quello della cessazione dalla carica degli amministratori³⁷), indipendentemente dal verificarsi del danno, sia pur rispondente alle intenzioni del legislatore³⁸, «significherebbe precludere la tutela giurisdizionale di un diritto prima ancora della sua nascita», determinando una «radicale alterazione» dell'istituto della prescrizione, incompatibile con «la garanzia di accesso ad una tutela giurisdizionale effettiva sancita dall'art. 24 Cost.»³⁹.

Per questi motivi appare preferibile interpretare l'art. 2395, co. 2, c.c. nel senso di far decorrere la prescrizione non dal momento del «compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo», bensì da un momento successivo, non antecedente a quello in cui il pregiudizio si è verificato, in linea del resto anche con il sistema approntato dalle norme generali del Codice civile che, come osservato, fanno riferimento al momento in cui il diritto (in questo caso, al risarcimen-

35 Sembra preferibile ritenere, quindi, che la possibilità cui l'art. 2935 cod. civ. fa riferimento, debba intendersi in termini di azionabilità processuale di una pretesa che necessita dei requisiti che l'ordinamento richiede al fine di validamente esperire un'azione; sul punto v. P.G. MONATERI, C. COSTANTINI, *op. cit.*, p. 8, secondo cui, conclusivamente, «la prescrizione decorre dal momento in cui sorge la pretesa stessa, come conseguenza della realizzazione di uno stato di fatto contrario al diritto del titolare, quale richiesta concreta a persona determinata». Occorre tuttavia segnalare come l'A. legghi la decorrenza del termine di prescrizione al momento dell'inadempimento per il caso di responsabilità contrattuale, mentre invece, per le ipotesi di illecito aquiliano, a quello in cui «la vittima può validamente dedurre in azione la propria pretesa risarcitoria», cioè, al momento del fatto illecito subito, ovvero, in caso di danno latente, della sua scoperta o della sua percezione, «senza la quale nessuna pretesa [può] essere fatta concretamente valere», *ivi*, p. 114 ss.

36 Così l'art. 2395, co. 2, c.c., con riferimento all'azione dei singoli soci o dei terzi per danno diretto.

37 Così l'art. 2393, co. 4, c.c., con riferimento all'azione sociale di responsabilità.

38 Il rilievo, seppur con riferimento all'art. 2393, co. 4, è di L. CALVOSA, *op. cit.*, p. 937. Sui lavori preparatori alla riforma v. M. VIETTI, F. AULETTA, G. LO CASCIO, U. TOMBARI, A. ZOPPINI (a cura di), *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori testi e materiali*, Milano, 2006, p. 1711 ss. Occorre precisare, tuttavia, che la ricostruzione storica della *ratio legis* non è del tutto agevole e lineare. Emerge, infatti, dai lavori preparatori, una discussione in seno all'assemblea plenaria della Commissione del 30 luglio 2002; si discuteva, in particolare, sul termine di decorrenza delle azioni di responsabilità verso gli amministratori. Due osservazioni si possono fare sul punto: se da un lato sono chiare le conclusioni di taluni membri dell'assemblea (De Stasio, Vietti), e, pare, anche Bonelli) nel voler prevedere un termine di decorrenza certo, individuato nella cessazione della carica, non altrettanto chiaro è l'ambito di applicabilità di una tale previsione. La stessa infatti è stata prevista per la sola azione sociale di responsabilità ex art. 2393, co. 4 c.c., sebbene la discussione abbia in realtà riguardato precipuamente la decorrenza dell'azione di responsabilità da parte dei creditori sociali ex art. 2394 c.c. ed il suo coordinamento con la disciplina fallimentare.

39 R. RIVARO, *op. ult. cit.*, p. 152.

to) può essere (concretamente) esercitato (art. 2935, co. 1, c.c.)⁴⁰.

Quanto all'art. 3 Cost., è legittimo chiedersi se sia ragionevole disciplinare diversamente - con riguardo al termine di decorrenza della prescrizione dell'azione di responsabilità verso gli amministratori esercitata da parte dei soci o dei terzi direttamente danneggiati⁴¹ - la società per azioni e la società a responsabilità limitata: dall'adesione ad una interpretazione letterale dell'art. 2395, co. 2, c.c., infatti, discenderebbe una disciplina di maggior favore per gli amministratori di s.p.a., rispetto a quella ordinaria applicabile agli amministratori di s.r.l.⁴².

Secondo una parte della dottrina, la disparità di trattamento tra i due tipi societari troverebbe la sua *ratio* nelle maggiori esigenze di certezza proprie della società per azioni, dovute alla maggiore apertura di quest'ultima al mercato del capitale di rischio che, congiuntamente alla struttura della sua compagine societaria (tendenzialmente più ampia), richiederebbe un grado di certezza nei rapporti con i terzi più accentuato⁴³. A ciò si aggiunga l'esclusiva competenza gestoria degli amministratori della società per azioni, i quali - si sostiene - difficilmente accetterebbero di assumere la carica in assenza di una "certezza temporale", che li protegga da una esposizione *sine die* alle (più o meno) latenti sofferenze patrimoniali subite dai

40 In teoria, l'esistenza di un rimedio processuale, quale l'istituto della condanna generica ex art. 278 c.p.c., che consente al socio o al terzo di agire e di ottenere un provvedimento per la tutela del proprio diritto, ottenendo una pronuncia sull'*an debeatur* anche prima che il danno sia compiutamente determinato nel suo ammontare - come noto dottrina e giurisprudenza hanno riconosciuto all'attore la possibilità di proporre un'azione di condanna generica anche *ab origine*, in via autonoma, rinviando ad un eventuale successivo processo il giudizio sul *quantum debeatur* -, potrebbe ingenerare il dubbio che il diritto divenga "esercitabile" anche prima della compiuta emersione del danno, e che quindi, ai sensi dell'art. 2935 c.c. e dell'art. 24 Cost., il decorso della prescrizione possa iniziare anche in un momento anteriore a quello in cui il danno si è verificato. Tuttavia, come si è fatto giustamente notare, la pronuncia di una condanna generica ex art. 278 c.p.c. richiede pur sempre «la dimostrazione, da parte dell'attore, dell'effettiva sussistenza del danno (ancorché senza la relativa quantificazione) e non della sua mera probabilità o verosimiglianza» (M. MONTANARI, *Commento sub art. 278*, in *Codice di procedura civile. Commentario*⁶, diretto da C. Consolo, Milano, 2018, t. II, pp. 678 e s.), per cui il dubbio sopra prospettato - a cui la dottrina italiana sulla prescrizione pare non aver dedicato particolare attenzione - sembra doversi risolvere in senso negativo (non potendo l'attore proporre fondatamente l'azione senza che un danno, seppure ancora di incerta entità, si sia verificato).

41 Ma, come osservato alla nota 27, l'indagine può essere svolta anche con riguardo alla diversa decorrenza della prescrizione per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori di s.p.a.

42 In forza della quale - come si è detto (cfr. *supra*, nota 16) - il termine quinquennale di prescrizione decorre (non già del compimento dell'atto lesivo - come dispone l'art. 2395, co. 2 c.c.; bensì), ai sensi dell'art. 2947 c.c., dal giorno in cui si è verificato il fatto.

43 A. ANGELILLIS, S. SANDRELLI, *Commento sub art. 2476*, in *Società a responsabilità limitata*, Commentario alla riforma delle società, diretto da P. Marchetti et al., Milano, 2008, p. 734; con riguardo all'art. 2395, co. 2, E. RIMINI, *op. cit.*, p. 698.

soci ovvero dai terzi⁴⁴.

Sennonché, come correttamente osservato da altra parte della dottrina, l'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche in realtà non sembra atteggiarsi diversamente tra i due tipi societari⁴⁵, al punto che la legislazione dell'ultimo decennio avrebbe realizzato un progressivo avvicinamento delle partecipazioni di s.r.l. alle azioni di s.p.a.⁴⁶, rendendo la società a responsabilità limitata un tipo sociale potenzialmente idoneo alla emersione di interessi sempre più generali e sempre meno circoscritti.

A ciò si aggiunga che, proprio con riguardo alla responsabilità degli amministratori, un recente intervento di riforma sembra aver ulteriormente ridimensionato la distanza tra i due tipi sociali. Ci si riferisce al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che, come noto, risolvendo la *vexata quaestio* inerente all'azione di responsabilità promossa dai creditori sociali, ha riprodotto per la s.r.l. quanto già previsto per la s.p.a. all'art. 2394 c.c., ivi incluso il termine di decorrenza dell'azione⁴⁷, uniformando così sul punto la disciplina dei due tipi societari. Lo stesso decreto ha inoltre previsto, novellando l'art. 2475 c.c., che anche nelle s.r.l. la gestione dell'impresa «spetta esclusivamente agli amministratori»: per quanto quest'ultima modifica abbia immediatamente stimolato il dibattito in dottrina⁴⁸ e il percorso riformatore

⁴⁴ Così, seppur con riferimento all'art. 2393, co. 4, c.c., L. CALVOSA, *op. cit.*, pp. 943 e s. e nota 25, secondo la quale inoltre, la coerenza della previsione "speciale" dettata dal legislatore in tema di s.p.a. si evincerebbe anche dal sistema «dei controlli a sequenza procedimentalizzata [che] consente agli organi sociali subentranti una più celere rilevazione di eventuali comportamenti tenuti dagli amministratori cessati produttivi di danno per il patrimonio sociale» (*ibidem* e negli stessi termini, pare, anche G.B. Portale, citato dalla stessa A. in nota). Similmente, cfr. P. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 1971.

⁴⁵ L. NAZZICONE, *Commento sub art. 2393*, cit., p. 295 ss.

⁴⁶ O. CAGNASSO, *La "lunga marcia" di avvicinamento delle partecipazioni di s.r.l. alle azioni*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2425 ss.

⁴⁷ Invero, la novella ha esplicitato quanto era dai più ritenuto pacifico; *ex plurimis*: G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, II, p. 1095 ss.; *contra* C. ANGELICI, *Note sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1236.

⁴⁸ Per tutti v. N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Soc.*, 2019, p. 397 ss., i quali spingono per «un'interpretazione volta a riferire la "esclusiva" competenza degli amministratori, in tutti i tipi societari, soltanto ai doveri introdotti dal richiamato nuovo co. 2 dell'art. 2086 c.c. riguardanti l'adeguatezza degli assetti»; infatti «[n]on si rinviene [...] alcun fondamento, neppure indiretto o implicito, tale da legittimare il Governo a intervenire in termini radicalmente innovativi sulle competenze degli organi societari, ciò che invece potrebbe provocare un'interpretazione letterale dell'art. 377 del Decreto», sì che una tale interpretazione darebbe luogo ad un «eclatante eccesso di delega». *Contra* v. L. CALVOSA, *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, in *Soc.*, 2019, p. 799 ss.

non sia ancora concluso⁴⁹, non pare peregrino ritenere che i due tipi societari abbiano compiuto un ulteriore passo di avvicinamento⁵⁰.

Tale avvicinamento rende quantomeno “precario” – se non decisamente discutibile – il passo della motivazione del Tribunale di Roma, in cui si sostiene che la asserita specialità della norma di cui all’art. 2395, co. 2, c.c., non consentirebbe un’applicazione analogica al caso della s.r.l. Del resto, è lo stesso Tribunale che, con riferimento alla diversa ma connessa questione dell’azione di responsabilità dei creditori sociali dimostra (correttamente) di non considerare così lontani i due tipi societari, dando per scontata la possibilità di applicare alle s.r.l. – anche prima della riforma di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14⁵¹ – il rimedio previsto in tema di s.p.a. dall’art. 2394 c.c.

Anche sotto questo profilo, quindi, l’interpretazione orientata all’art. 24⁵² Cost. dell’art. 2395, co. 2, c.c., sopra difesa, si lascia preferire, non solo per le ragioni legate alla effettività della tutela giurisdizionale di cui si è già detto, ma altresì perché consentirebbe di uniformare il *dies a quo* della prescrizione dell’azione dei soci e dei terzi per danno diretto nelle s.p.a. a quello ritenuto applicabile alle s.r.l.⁵³ – come, peraltro, già espressamente avvenuto (in seguito alla citata riforma del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) per le ipotesi di azione di responsabilità verso gli amministratori da parte dei creditori sociali nei due tipi societari.

49 Come noto, infatti, l’art. 1 della legge 8 marzo 2019, n. 20, intervenendo sulla legge di delega n. 155/2017 alla riforma della crisi e dell’insolvenza, ha dato al Governo la possibilità di adottare eventuali disposizioni integrative e correttive entro due anni dall’entrata in vigore dell’ultimo dei decreti legislativi che l’hanno realizzata, dunque entro il 14 agosto 2022.

50 L. CALVOSA, *op. ult. cit.*, p. 802, per la quale «se il legislatore della riforma del 2003 aveva inteso dotare la S.r.l. di una *governance* differente da quella della S.p.a., con conseguente affrancamento della S.r.l. dal modello azionario, la nuova disciplina della crisi segna una netta presa di posizione in senso opposto», dando così luogo «a una sempre maggiore ibridazione e a un sempre maggiore avvicinamento bidirezionale» tra i due modelli.

51 Cfr., *supra*, nota 1.

52 La preferenza di un giudizio fondato sull’art. 24 piuttosto che sull’art. 3 Cost. veniva espressa anche da R. WEIGMAN, *I tormenti dell’uguaglianza*, nota a Corte Cost., 24 luglio 1998, n. 322, in *Giur. it.*, 1998, p. 1863 ss., il quale criticava la Corte, rea di aver fondato una questione non dissimile sulla valorizzazione del principio di uguaglianza piuttosto che dell’art. 24 Cost.

53 Ci si allontana quindi dalla sentenza annotata, che seguendo un’interpretazione letterale dell’art. 2395, co. 2, c.c., considera il giorno del compimento della condotta illecita (e, si ha modo di ritenere, implicitamente, il giorno della cessazione dalla carica dell’amministratore) come *exordium praescriptionis*.

5 Considerazioni conclusive

A conclusione di questa nota, può osservarsi come l'articolata disciplina codicistica della decorrenza della prescrizione (in particolare in materia societaria) riceva dai precetti costituzionali - e segnatamente dall'art. 24 Cost. - una chiave di lettura idonea a risolvere le apparenti contraddizioni, in perfetta sintonia con quella che viene considerata la originaria "clausola generale" dell'art. 2935 c.c.⁵⁴.

Coerentemente con quanto rilevato dalla Corte Costituzionale, almeno in assenza di una *ragionevole giustificazione*⁵⁵, deve escludersi che la prescrizione possa iniziare a decorrere prima che si siano verificati tutti i fatti costitutivi ritenuti dall'ordinamento processuale necessari al fine di esperire validamente un'azione donde ottenere, nel caso, la correlata tutela giurisdizionale. Nelle azioni di responsabilità, per il decorso del termine non sarà quindi sufficiente la mera condotta - ovvero altri fatti quali la cessazione dalla carica dell'amministratore - , ma dovrà ritenersi necessaria (anche) l'emersione del danno.

Una volta chiarita la necessità di spostare il *dies a quo* a tale momento, resta da capire se ai fini della decorrenza della prescrizione tali fatti costitutivi rilevinano di per sé o solo in quanto - e da quando essi diventino - effettivamente conoscibili⁵⁶.

Sul punto, possono essere svolte due ulteriori brevi considerazioni. Da un lato, un'interpretazione dell'art. 2395, co. 2, c.c., che valorizzi (anche) la dimensione conoscitiva del soggetto danneggiato appare in linea con la recente tendenza legislativa (non solo italiana) volta ad ancorare al parametro della "conoscibilità" da parte del danneggiato l'inizio della decorrenza della prescrizione⁵⁷; e in tal senso

54 Quest'ultima, come si è efficacemente osservato, è «regola di carattere generale», che fissa «l'inizio del periodo prescrizionale, non già da quando il diritto è da considerarsi insorto ma da quando si ritiene che l'avente diritto sia in grado di farlo valere. È un principio di effettività qui ad aver vigore. È la regola declamata nel nostro codice all'art. 2935. Se è da prestare attuazione all'effettivo comportamento dell'avente diritto, non può non guardarsi che al momento in cui l'esercizio del diritto diventa effettivo», A. DI MAJO, *Un istituto mal tollerato: la Prescrizione*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 493; *contra* E. MINERVINI, *op. cit.*, p. 527 che denuncia il carattere residuale e la funzione marginale dell'art. 2935 c.c., perché norma, tra l'altro, «mal congegnata ed oramai anacronistica».

55 Come evidenzia Corte Cost., 5 aprile 2012, *cit.*

56 In tale ultimo caso, potendosi poi ulteriormente distinguere se la conoscibilità debba intendersi in senso prettamente soggettivo - avendo riguardo al danneggiato o al titolare del diritto - o in senso oggettivo - avendo riguardo indistintamente ai terzi. Cfr. *infra*, nota 64.

57 A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 1141 ss., nonché E. MINERVINI, *op. cit.*, p. 526 che cita in particolare l'art. 125 del codice del consumo e l'art. 8, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. In argomento v. anche M. TESCARO, *op. cit.*, *passim* e P. VITUCCI, F. ROSELLI, *op. ult. cit.*, p. 161 ss. Secondo Guarneri, una tale scelta si giustifica nell'ottica di far prevalere le esigenze di giustizia su quelle di certezza; in un contesto in cui la certezza «non è

è possibile individuare anche una precisa corrente giurisprudenziale, che con la medesima chiave di lettura, interpreta anche alcune delle norme in cui il profilo della conoscibilità del danneggiato non è espressamente richiamato⁵⁸.

Dall'altro, proprio con riferimento alla responsabilità degli amministratori di società di capitali, un significativo argomento nella stessa direzione potrebbe essere fornito dalla lettera dell'art. 2394, co. 2, c.c. (norma dettata dal legislatore del 1942 e non modificata dalla riforma del 2003), secondo cui «L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti», che recente giurisprudenza ha letto nel senso di far decorrere il termine di prescrizione dal momento di «oggettiva percepibilità» di «qualsiasi fatto che possa essere conosciuto» dai creditori sociali da cui sia possibile desumere l'insufficienza patrimoniale⁵⁹, come ad esempio la vana escussione del patrimonio sociale da parte del creditore dal quale risulti uno squilibrio tra attivo e passivo⁶⁰; la presentazione della proposta di concordato preventivo⁶¹; la chiusura della sede e l'assenza di cespiti suscettibili di esecuzione forzata⁶²; l'emersione di uno squilibrio tra attivo e passi-

più, come già un tempo nelle esperienze posteriori alle moderne codificazioni, un dogma, ma una regola in concorrenza con altre regole, ispirate a criteri opposti di giustizia, emerse in modo crescente specie in tema di responsabilità aquiliana» (cfr. A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 1149).

58 Lo rileva E. MINERVINI, *op. cit.*, p. 527 e A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 1143, ove ampi rimandi in giurisprudenza.

59 Cass., 4 settembre 2019, n. 22077, su *DeJure.it*; similmente, *ex multis*: Cass., 29 dicembre 2017, n. 31204 su *deJure.it*; Cass., 4 dicembre 2015, n. 24715, in *Giur. it.*, 2016, p. 390 (e anche in *Riv. Not.*, 2016, p. 708); Cass., 22 aprile 2009, n. 9619 su *deJure.it*; in dottrina cfr.: F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 210 ss. e R. RIVARO, *op. ult. cit.*, p. 193, secondo cui il legislatore avrebbe inteso «far slittare il *dies a quo* [...] dal giorno della verifica del danno a quello della sua manifestazione oggettiva, facendolo coincidere con il giorno in cui i creditori - o più spesso il curatore fallimentare - abbiano la concreta possibilità di conoscere lo stato d'eccezione delle passività sulle attività».

60 Cass., 25 luglio 1979, n. 4415, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 325; Trib. Milano, 14 novembre 1994, in *Fall.*, 1994, p. 1051.

61 Trib. Milano, 25 settembre 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 348; Trib. Piacenza, 12 febbraio 2015, n. 113, su *deJure.it*.

62 Cass., 8 aprile 2009, n. 8516, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 471.

vo risultante dal bilancio d'esercizio^{63,64}.

63 Cfr. Cass., 4 settembre 2019, n. 22077, *cit.*, per la quale «[v]ero è [...] che un bilancio di esercizio che segnali una situazione patrimoniale in negativo è idoneo a rendere manifesto lo stato di incapienza della società (così Cass. 25 luglio 2008, n. 20476, citata dai ricorrenti): ma è altrettanto indubbio che se il bilancio non è oggetto di pubblicazione, a norma dell'art. 2435 c.c., la conoscenza della situazione patrimoniale deficitaria resta circoscritta agli organi sociali e la sua conoscibilità da parte dei terzi non può essere utilmente affermata»; sul punto si veda anche Cass., 5 settembre 2018, n. 21662, *cit.*, dove la Corte afferma il seguente principio di diritto: «[I]n tema di prescrizione dell'azione di responsabilità promossa dai creditori sociali, ai sensi dell'art. 2394 cod. civ., il bilancio costituisce, per la sua specifica funzione, il documento informativo principale sulla situazione della società non solo nei riguardi dei soci, ma anche dei creditori e dei terzi in genere, onde un bilancio in attivo o in pareggio è idoneo ad offrire un'informazione rassicurante ed affidabile. Allorché, poi, nonostante la relazione dei sindaci al bilancio, in cui si evidenzia l'inadeguatezza della valutazione di alcune voci, l'assemblea deliberi comunque la distribuzione degli utili ai soci ai sensi dell'art. 2433 cod. civ. senza obiezioni, in quella sede, da parte degli organi sociali di gestione e di controllo, l'idoneità, o no, di detta relazione sindacale ad integrare di per sé l'elemento della oggettiva percepibilità per i creditori circa la falsità dei risultati attestati dal bilancio sociale rimane oggetto di un apprezzamento di fatto, riservato al giudice del merito». In dottrina, in senso negativo sulla idoneità del bilancio a far risultare l'insufficienza del patrimonio, ovvero sulla necessità di distinguere in base alla capacità conoscitiva da parte di taluni soggetti "qualificati" cfr. F. Iozzo, *Sulla decorrenza del termine di prescrizione dell'azione ex art. 2394 c.c. - 146 l. fall.*, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 150 ss.; Id., *Le azioni di responsabilità nella s.r.l. tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 53 ss.; *contra* R. RIVARO, *op. cit.*, p. 194; M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, Milano, 2015, pp. 115 e ss.; S. AMBROSINI, *Il termine per l'esercizio delle azioni di responsabilità*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di S. Ambrosini, Milano, 2007, p. 218 nota 17; F. MELONCELLI, *Azione di responsabilità spettante dai creditori sociale e prescrizione*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 691 ss.

64 Per ulteriori commenti e riferimenti alle diverse ipotesi "sintomatiche" individuate dalla giurisprudenza si veda in dottrina: R. RIVARO, *op. cit.*, p. 193 ss.; G.M. BUTA, *Commento sub art. 2394*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, Tomo I, diretta da P. Abbadesse, G.B. Portale (e a cura di M. Campobasso, Vincenzo Cariello e Umberto Tombari), Milano, 2016, p. 1448 ss.; A. AUDINO, *Commento sub art. 2394*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Milano, 2017, p. 794 ss.; M. FABIANI, *op. cit.*, p. 115 ss. In Giurisprudenza si è recentemente ritenuto che possa essere considerato "sintomo" di insufficienza patrimoniale «già la deliberazione straordinaria di riduzione del capitale sociale esuberante [...] seguita dalla restituzione ai soci del supero, come il complessivo evento idoneo a rendere noto ai terzi, perché percepibile in ragione delle modalità di sua esteriorizzazione contabile e a livello di registro delle imprese, lo stato di insufficienza patrimoniale al soddisfacimento dei crediti sociali [...]», Cass., 14 dicembre 2015, n. 25178, su *deJure.it*, con nota di A. PAGANINI. Quanto infine alla alternativa se la conoscibilità debba intendersi in senso prettamente soggettivo - avendo riguardo al danneggiato o al titolare del diritto - o in senso oggettivo - avendo riguardo indistintamente ai terzi (cfr. *supra*, nota 56), se da un lato in tema di art. 2394 c.c. la Cassazione ha sottolineato la necessità di una «verifica della ricorrenza di elementi oggettivi, conoscibili dai creditori, dai quali risulti l'insufficienza del patrimonio sociale (Cass. 5 aprile 2013, n. 8426; nonché Cass. 29 dicembre 2017, n. 31204)», e di «una valutazione astratta di conoscibilità: non fatto soggettivo di conoscenza del danno, ma rilievo del dato oggettivo di conoscibilità da parte dei terzi creditori, posti così nella condizione di poter esercitare il proprio diritto» (Cass., 5 settembre 2018, n. 21662, in *GiustiziaCivile.com*, con nota di G. RUGOLO), dall'altro non può non richiamarsi il risalente arresto della stessa Corte - degno di massima considerazione - secondo cui «sarebbe chiaramente incivile far dipende-

re una conseguenza tanto grave come il decorrere di una prescrizione breve dal verificarsi di una circostanza [e.g.: il danno] che resti occulta e che non possa essere percepita dal danneggiato che pure faccia uso della normale diligenza» (così Cass., 6 febbraio 1982, n. 685, in *Giust. civ.*, 1982, p. 2782; e in senso analogo in dottrina R. ZIMMERMAN, *op. cit.*, p. 78, per il quale sarebbe «manifestly unjust to hold a creditor accountable for not bringing an action against his debtor if he either was unable or could not reasonably be expected to do so»).

TRIBUNALE DI VENEZIA, sez. spec. impr., 14 marzo 2018 (ord.)

Boccuni Pres. rel. – Campagner – Torresan

Società di capitali - Fallimento - Amministratori - Responsabilità degli amministratori - Azione di responsabilità promossa dal curatore nei confronti degli amministratori - Obbligo di agire in senso conservativo - Quantificazione del danno risarcibile.

Il danno, per detta tipologia di responsabilità gestoria, non può che essere il pregiudizio arrecato al patrimonio della società da valutarsi in termini di aggravamento della perdita patrimoniale. Solo in questi termini è corretto parlare del pregiudizio sopportato dalla società e dai creditori come aggravamento del dissesto, inteso cioè come aggravamento dell'insufficienza del patrimonio destinato al soddisfacimento dei creditori, ove in ogni caso l'aggravamento dell'insufficienza patrimoniale, quale perdita ulteriore di esso, deve essere adeguatamente provata dal curatore fallimentare che abbia a disposizione la documentazione contabile da cui poter dedurre la prosecuzione dell'attività di rischio, nonostante lo stato di scioglimento della società, e quindi ricostruire in modo corretto la sussistenza e la quantificazione della perdita patrimoniale sopportata.

(Omissis)

Questione dirimente ai fini del giudizio in punto *fumus boni iuris* è quella dell'allegazione e prova, seppure di verosimiglianza, del danno asseritamente arrecato alla società ed ai creditori sociali in ragione della violazione da parte dell'organo gestorio di B s.r.l. degli obblighi meramente conservativi del patrimonio della società una volta che



Open access

© 2020 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



Citation Butturini, F. (2020). "I criteri di quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità contro gli amministratori ex art. 2486 c.c., con uno sguardo al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza". *Ricerche giuridiche*, 9(1), 131-150.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2020/01/006

131

questa si sia trovata in situazione di perdita del capitale sociale, essendo stata l'impresa condotta in continuità aziendale.

In primo luogo, deve rilevarsi che il danno, per detta tipologia di responsabilità gestoria, non può che essere il pregiudizio arrecato al patrimonio della società da valutarsi in termini di aggravamento della perdita patrimoniale. Solo in questi termini è corretto parlare del pregiudizio sopportato dalla società e dai creditori come aggravamento del dissesto inteso cioè come aggravamento dell'insufficienza del patrimonio destinato al soddisfacimento dei creditori, ove in ogni caso l'aggravamento dell'insufficienza patrimoniale, quale perdita ulteriore di esso, deve essere adeguatamente provata dal curatore fallimentare che abbia a disposizione la documentazione contabile da cui poter dedurre la prosecuzione dell'attività di rischio, nonostante lo stato di scioglimento della società, e quindi ricostruire in modo corretto la sussistenza e la quantificazione della perdita patrimoniale sopportata. Al contrario, il mero aggravamento dell'indebitamento esprime realtà economica in sé avulsa dalla realtà del pregiudizio patrimoniale che la società può eventualmente subire per la prosecuzione dell'attività di rischio, posto che esso descrive semplicemente i maggiori debiti assunti successivamente allo stato di scioglimento della società, di cui è ovvio che gli amministratori non debbano di per sé rispondere, essendo la loro responsabilità risarcitoria.

Fatta questa permessa di carattere generale, deve convenirsi con quanto motivato dal primo Giudice in argomento. In effetti, il fallimento attore nel giudizio di responsabilità, durante il quale ha azionato il rimedio cautelare, ha allegato, in primo luogo, che il danno sopportato dalla società e dai creditori sociali, per effetto della prosecuzione dell'attività non consentita, sarebbe consistito nell'aggravio dello stato passivo, ove è ovvio che detto aggravio non può rappresentare il danno per la società, essendo unicamente espressione del maggiore indebitamento assunto dall'impresa dopo il verificarsi dello stato di scioglimento, maggiore indebitamento costituito dai canoni di affitto d'azienda, da oneri economici del contratto estimatorio, da debiti contributivi, da emolumenti per i dipendenti, da spese legali e da debiti verso fornitori. In realtà, detto maggiore indebitamento sta a provare unicamente la prosecuzione dell'attività di rischio ma non l'aggravio della perdita patrimoniale per la società, dovendosi verificare, appunto in termini patrimoniali e non di maggiore indebitamento, se detta attività abbia poi effettivamente generato danno. In altre parole, la prosecuzione dell'attività di rischio, che comporta normalmente maggiore indebitamento, non è escluso produca anche utilità economiche per la società, di modo che l'esistenza del danno deve essere valutata in ragione degli effetti economici complessivi delle singole operazioni in continuità aziendale.

In secondo luogo, deve affermarsi la correttezza del giudizio dato dal primo Giudice in riferimento all'altro criterio enunciato dalla

curatela e consistente nella differenza negativa tra ricavi e costi di produzione relativi all'anno 2014, posto che detta differenza espone unicamente le perdite relative alla attività di impresa, perdite di esercizio che, in sé ed ancora una volta, non rappresentano affatto l'aggravamento dell'insufficienza patrimoniale della società.

Per completezza è anche necessario evidenziare che, nel caso che occupa, non può farsi ricorso neppure al criterio della differenza tra attivo e passivo fallimentare che la giurisprudenza di legittimità ormai consolidata considera modalità equitativa percorribile unicamente nel caso di difetti delle scritture contabili che non consentano al curatore di verificare in modo preciso la perdita patrimoniale della società.

Prendendo le mosse da detta considerazione deve reputarsi inadeguato, anche ai fini del giudizio cautelare, ogni criterio di prova del danno e della sua quantificazione, che ponga a suo fondamento detta differenza tra attivo e passivo, come è il primo criterio prospettato dalla curatela in sede di reclamo ed ulteriore rispetto a quello già enunciato nel giudizio di prime cure, criterio rappresentato dalla differenza tra attivo e passivo fallimentare decurtato dei costi ed oneri insopprimibili che la società avrebbe comunque dovuto sostenere ove fosse stata posta tempestivamente in liquidazione. In effetti, non è assolutamente attendibile per provare l'esistenza e la quantificazione del danno sottrarre da detto indebitamento i costi che gli amministratori non avrebbero potuto evitare anche se la società fosse stata tempestivamente liquidata, posto che, se è vero che in tal modo agli stessi non si imputano a danno costi rispetto ai quali manca ogni nesso causale con la condotta inadempiente dell'organo gestorio, è anche certo che gli amministratori non rispondono di per sé dell'indebitamento.

Inoltre, non è neppure adeguato il criterio di liquidazione da ultimo proposto all'udienza di discussione del reclamo cautelare ed individuato dalla già citata relazione del dott. P. Sebbene in detta relazione siano individuati i costi inerziali insopprimibili, al fine di escluderne l'imputazione agli amministratori, le modalità di calcolo del danno sono inficiate dal fatto che detti costi insopprimibili non sono sottratti nel contesto di un'operazione di verifica dell'aggravamento della perdita patrimoniale sopportata dalla società e tale da ulteriormente pregiudicare la possibilità per i creditori di soddisfarsi, così integrandosi nel contempo il danno alla società ed ai creditori, danno rispetto al quale la curatela propone le sue richieste risarcitorie. In realtà, detti costi sono sottratti dalla perdita di esercizio rilevata al 31 dicembre 2014 e dalla perdita di esercizio rilevata alla data del fallimento. Come già detto, il danno patrimoniale per la società e per i creditori non può essere rappresentato dalla perdita di esercizio che costituisce solo uno dei componenti del patrimonio dell'impresa, così essendo del tutto inattendibile anche questo criterio al fine di dare contezza del danno subito il cui risarcimento è chiesto dalla procedura.

In conclusione, come già affermato dal primo Giudice, disponendo dalla documentazione contabile della società, la curatela ben avrebbe potuto offrire come criterio di liquidazione del danno quello della differenza dei netti patrimoniali rilevata dal momento della perdita del capitale sino alla sua messa in liquidazione, provvedendo, previe le opportune rettifiche delle appostazioni contabili ritenute scorrette, a riclassificare i bilanci secondo criteri di liquidazione.

Infine, deve considerarsi l'ultimo criterio proposto dalla curatela e relativo alla determinazione dell'affermato danno derivante unicamente dalla prosecuzione dell'accordo di consulenza con R successivamente alla perdita del capitale sociale e individuato nei compensi versati a favore della stessa, nonché nella prosecuzione dell'attività mediante la sottoscrizione dei due contratti di affitto di ramo di azienda in favore di X e C.

In punto va osservato che i compensi versati a R non costituiscono danno in quanto tali, ove si ritenga che l'attività in questione, essendo di continuità aziendale, non si sarebbe dovuta svolgere per la perdita del capitale sociale, posto che la stessa società fallita deve ritenersi in detto contesto abbia ricevuto vantaggi dell'attività prestata dalla consulente, non essendo peraltro chiaramente allegato che detta attività di consulenza fosse fittizia in modo che i pagamenti siano stati utilizzati come mezzi di finanziamento ingiustificati.

Così dicasi per quanto attiene ai contratti con C e X ove, ancora una volta, il danno per la prosecuzione dell'attività di rischio vietata deve essere determinato in termini di corrispettivo non versato nel caso in cui lo stesso non possa essere recuperato.

Infine, va osservato che la curatela nel proprio ricorso introduttivo afferma che tramite detti contratti gli amministratori avrebbero posto in essere condotte distrattive, avendo sottratto al patrimonio della società beni aziendali e i proventi commerciali. Tuttavia, il fallimento B non fornisce alcuna precisa allegazione relativa alla quantificazione del danno derivante dalla condotta distrattiva in sé considerata.

In definitiva, allo stato, i criteri di verifica del danno proposti da parte della procedura non possono reputarsi corretti ed adeguati al fine di ritenere sussistente e quantificare, seppur sommariamente, il credito risarcitorio vantato, danno la cui ricostruzione, anche mediante migliori e congrue allegazioni, dovrà essere effettuata nel giudizio di merito.

Il reclamo deve essere rigettato con conferma dell'ordinanza impugnata, dovendo le spese di lite essere regolate all'esito del giudizio di merito, posto che la cautela è stata richiesta in corso di causa. (*Omissis*)

I criteri di quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità contro gli amministratori ex art. 2486 c.c., con uno sguardo al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Sofia Mansoldo

Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Abstract The author comments on the decision of the Tribunal of Venice concerning the quantification of damages caused by director's unlawful conduct upon the occurrence of a cause for dissolution of the company. This paper aims to analyse the two damage quantification methods inserted in article 2486 of the Italian Civil Code, modified from article 378 of the new Code of Enterprise Crisis and Insolvency.

Keywords Directors' liability. Damage quantification. Code of Enterprise Crisis and Insolvency.

Sommario 1 Il caso. – 2 Obbligo di gestione conservativa ex art. 2486 c.c. – 3 La *vexata quaestio* della quantificazione del danno risarcibile. – 4 Quantificazione del danno nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: il c.d. "criterio dei netti patrimoniali". – 5 (*Segue*) il c.d. "criterio del *deficit* fallimentare". – 6 Riflessioni conclusive.

1 Il caso

Nella pronuncia in epigrafe Fallimento B s.r.l. propone reclamo avverso l'ordinanza con cui il Giudice istruttore rigettava l'istanza di concessione di sequestro conservativo nei confronti degli amministratori di B, a cautela del credito risarcitorio per i danni arrecati al patrimonio sociale dall'illegittima prosecuzione della gestione caratteristica a seguito dello scioglimento della società per riduzione del capitale sotto il minimo legale (art. 2484, n. 4, c.c.). Pur riconoscendo la sussistenza della violazione del divieto di svolgere attività non meramente conservativa (art. 2486 c.c.), il Giudice di prime cure rigettava l'istanza cautelare affermando che la curatela non avrebbe fornito elementi sufficienti a consentire di quantificare, sia pur sommariamente, il danno arrecato dagli amministratori.

Convenendo con quanto motivato dal Giudice di prime cure, l'ordinanza in commento reputa non corretti i criteri di quantificazio-

ne del danno utilizzati dalla curatela nell'esercizio dell'azione di responsabilità *ex art. 146 l.fall. e*, pertanto, rigetta il reclamo. Secondo il Tribunale veneziano, la curatela, disponendo della documentazione contabile della società, avrebbe potuto riclassificare i bilanci secondo criteri di liquidazione, previa rettifica delle poste di bilancio ritenute scorrette, in modo da consentire di identificare il pregiudizio risarcibile nell'erosione del patrimonio netto causata dall'illecita prosecuzione dell'attività d'impresa.

Ebbene, con l'ordinanza in commento il Tribunale affronta la controversa questione dell'individuazione del danno risarcibile e del relativo criterio di liquidazione nelle azioni di responsabilità promosse dai competenti organi di una procedura concorsuale nei confronti di amministratori di società di capitali dichiarate insolventi, ai quali sia imputato di aver tenuto un comportamento contrario ai doveri imposti dalla legge al verificarsi di una causa di scioglimento. La tematica, non certo di poco momento, si ricollega all'annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui criteri di liquidazione del danno derivante dalla prosecuzione dell'attività non conservativa a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento (art. 2484 c.c.). Un dibattito, mai del tutto sopito, che da poco ha ricevuto nuova linfa con l'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza - di seguito CCII (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della l. 19 ottobre 2017, n. 155), che, tra le altre cose, interviene proprio a definire i criteri di quantificazione del *quantum debeatur* nelle azioni di responsabilità esercitate nei confronti degli amministratori (e sindaci) *ex art. 2486 c.c.*

2 Obbligo di gestione conservativa *ex art. 2486 c.c.*

L'esperienza empirica mostra che gli amministratori, con la perdita della condizione di generale equilibrio della società, anziché improntare la gestione su canoni di conservazione del patrimonio sociale, tendono a proseguire in modo imperturbato con l'ordinaria gestione, con l'effetto, più che probabile, di azzerare il valore economico residuo e di ridurre la probabilità di risolvere con esito positivo le difficoltà dell'impresa. Ciò dipende dal fatto che «l'utilizzo di una forma societaria che comporti responsabilità limitata consente di spostare parzialmente il rischio del fallimento dell'iniziativa sui creditori della società. Sono essi, infatti, che nel caso le cose vadano male si troveranno di fronte un patrimonio, quello societario, insufficiente per il soddisfacimento delle loro ragioni di credito»¹.

¹ Così E. COURIR, *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi dei terzi*, Milano, 1997, p. 154.

Da qui l'esigenza del legislatore di individuare validi presidi di corretta gestione da innestare in corrispondenza di fasi di deterioramento della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, com'è quella in cui si verifica la causa di scioglimento per riduzione del capitale sociale sotto il minimo legale². In merito, è qui appena il caso di considerare che l'avvicinarsi di una fase di declino comporta un logico e naturale ispessimento dei doveri "conservativi" gravanti sugli amministratori, in un'ottica che intende ostacolare quei fenomeni "perversi", strettamente connaturati alla crisi, che determinano un'impropria traslazione del rischio imprenditoriale dai soci ai creditori sociali.

In questa direzione, l'originaria formulazione dell'art. 2449 c.c. prevedeva che «*gli amministratori, quando si è verificato il fatto che determina lo scioglimento della società, non possono intraprendere nuove operazioni. Contravvenendo a questo divieto, essi assumono*

² In proposito, vale la pena di ricordare che l'elaborazione dottrinale maggioritaria, abbracciando un'interpretazione estensiva dell'art. 2484, n. 2, c.c., è giunta a ricondurre la perdita della continuità aziendale all'ipotesi dissolutiva per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, operante anche in mancanza di perdite rilevanti ai sensi dell'art. 2447 c.c. In questo senso G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 223 ss.; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nelle società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 627 ss.; R. ROSAPEPE, *La responsabilità degli organi di controllo nella crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 914 ss.; M. MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 314 ss.; Id., *Riduzione e perdita del capitale di società in crisi: l'art. 182 sexies l.fall.*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 433; L. TRONCI, *Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 1277; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 137; S. FORTUNATO, *Intervento*, in *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Atti del convegno (Torino 8-9 aprile 2011), a cura di A. Jorio, Milano, 2012, p. 178 ss.; A. PACIELLO, *Scioglimento della società per azioni e revoca della liquidazione*, Napoli, 1999, p. 149; F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato d'insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 1083; Id., *La mala gestio degli amministratori in prossimità dello stato di insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile*, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2449; Id., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, p. 275; A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016, p. 168 ss.; N. BACCETTI, *La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 575; O. CAGNASSO, *Profili relativi alla fattispecie "sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale"*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, Padova, 1997, I, p. 178 ss.; F. COSSU, *Continuità aziendale, società in liquidazione e principi contabili internazionali IAS/IFRS*, in *Giur. comm.*, 2019, I, p. 332. In senso difforme, invece, P. BALZARINI, sub art. 2484, in *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, a cura di L.A. Bianchi e G. Strampelli, Milano, 2016, p. 18; C. MONTAGNANI, *Disfunzione degli organi collegiali e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 669 ss.; Id., *Crisi dell'impresa e impossibilità dell'oggetto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 245 ss.; Id., *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi?*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 769; G. FERRI jr., M. SILVA, *In tema di impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale e scioglimento delle società di capitali*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 237-2014/I, p. 6, disponibile sul sito <https://www.notariato.it/sites/default/files/237-14-i.pdf>; C. PASQUARIELLO, sub art. 2484, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, III, p. 2147.

responsabilità illimitata e solidale per gli affari intrapresi». Come si ricorderà, la riforma organica del diritto societario del 2003, recependo il prevalente orientamento giurisprudenziale emerso in ordine all'interpretazione dell'art. 2449 c.c. (vecchio testo)³, ha sostituito il rigido divieto di nuove operazioni con il più elastico *standard* della gestione conservativa. In tal senso, il dato normativo mette in evidenza che la responsabilità da illecita prosecuzione dell'attività a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento non sorge come automatica conseguenza del compimento di uno o più singoli atti dannosi, ma per effetto di una gestione che complessivamente viene meno alla finalità di conservare l'integrità e il valore del patrimonio sociale⁴.

In questa direzione, l'art. 2486, co. 1, c.c., prevede che *«al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna di, cui all'articolo 2487 bis, gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale»*. Il secondo comma della medesima previsione dispone che *«gli amministratori sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione del precedente comma»*.

È evidente che l'affermazione di responsabilità *ex art.* 2486 c.c. presuppone che gli amministratori conoscessero, o, comunque, fossero in grado di conoscere, in relazione allo *standard* di diligenza richiesta dal doppio parametro della natura dell'incarico e delle specifiche competenze (art. 2392 c.c.), l'esistenza della causa di scioglimento integrata dalla perdita del capitale sociale sotto il minimo legale. Il che rende immediatamente percepibile come la violazione del dovere di agire in senso conservativo dipenda strettamente dall'omessa o inadeguata predisposizione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili segnatamente preposti al controllo sull'andamento complessivo della gestione imprenditoriale (artt. 2381, co. 3 e 5, e 2403 c.c.).

³ In questo senso Cass., 16 febbraio 2007, n. 3694, in *Foro it.*, 2008, I, p. 1269, per cui «ai sensi dell'art. 2449 c.c. (nel testo previgente al d.lgs. n. 6 del 2003), costituiscono nuove operazioni vietate tutti gli atti gestori diretti non a fini liquidatori, e quindi alla trasformazione delle attività societarie in denaro destinato al soddisfacimento dei creditori e, nei limiti del residuo, dei soci, ma al conseguimento di fini diversi, essendo invece lecito il completamento di attività in corso destinate al miglior esito della liquidazione».

⁴ Sul punto si rimanda alla Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ove si legge che «in ordine ai poteri degli amministratori all'art. 2486 si è ritenuto di porre una limitazione non basata sul concetto, ambiguo, di "nuova operazione", ma sulla strumentalità, o meno, alla conservazione del valore dell'impresa sociale. Conseguentemente la responsabilità in caso di violazione non investe più l'operazione in sé, ma l'eventuale danno conseguente».

Sotto questo aspetto, è doveroso ricordare che l'art. 375 CCII, entrato in vigore in data 16 marzo 2019, ha introdotto un secondo comma all'art. 2086 c.c., che impone agli imprenditori, in forma societaria e collettiva, di istituire assetti adeguati anche in funzione della rilevanza tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale. Nello stesso senso, l'art. 3, co. 2, CCII dispone che l'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'art. 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.

3 La *vexata quaestio* della quantificazione del danno risarcibile

Le riforme che nello scorso decennio sono intervenute in ambito fallimentare incidendo sul tema della ricostituzione della garanzia patrimoniale del debitore se, per un verso, hanno considerevolmente depotenziato il rimedio della revocatoria fallimentare, per l'altro, hanno incentivato il ricorso, in sede concorsuale, ad azioni risarcitorie contro gli organi della società per l'insorgere della crisi o per il suo aggravamento⁵. Da questo punto di vista, è un dato facilmente riscontrabile che le azioni di responsabilità esercitate dalle curatele fallimentari nei confronti dei componenti dell'organo amministrativo trovano abitualmente fondamento nel depauperamento del patrimonio sociale derivante dalla prosecuzione della gestione ordinaria a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento per riduzione del capitale sotto il minimo legale⁶.

In linea generale, per determinare se e quale danno debba essere risarcito dagli amministratori che abbiano violato i doveri loro imposti dalla legge o dallo statuto, occorre avere riguardo ai principi generali in tema di responsabilità civile (artt. 1223 ss. e 2056 ss. c.c.). Su questo sfondo, è bene rammentare che compete a chi agisce in giudizio contro gli amministratori l'onere di provare, o quantomeno allegare, la condotta inadempiente, il danno e il nesso di causalità che lega il danno alla condotta. E sempre in applicazione dei principi generali, si ricorda che gli amministratori rispondono solamente

⁵ In questi termini D. GALLETI, *Brevi note sull'uso del criterio dei "netti patrimoniali di periodo" nelle azioni di responsabilità*, in *www.ilcaso.it*, 2010, p. 1; A. BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, p. 298.

⁶ Sul punto D. GALLETI, *op. cit.*, p. 4; A. BARTALENA, *op. cit.*, p. 304; F. DIMUNDO, *Responsabilità degli amministratori per violazione dell'art. 2486 c.c. e danno risarcibile*, in *Fall.*, 2019, p. 1289.

delle conseguenze dirette e immediate del loro inadempimento (art. 1223 c.c.) e non degli esiti negativi delle operazioni che rientrano nel rischio tipico dello svolgimento dell'attività d'impresa.

Tuttavia, le regole generali in materia di risarcimento del danno rendono assai difficoltose le iniziative risarcitorie esperite dagli organi delle procedure concorsuali nei confronti degli amministratori⁷. La complessità che assiste la liquidazione del danno dipende dalla natura dinamica e complessa dell'attività d'impresa che di norma, anche a seguito del verificarsi di un'ipotesi dissolutiva, nella logica elastica dello *standard* conservativo ex art. 2486 c.c., consta in una pluralità di atti di gestione⁸. A ciò, poi, si aggiunga che l'incompletezza dei dati contabili e la notevole anteriorità della perdita del capitale sociale rispetto alla dichiarazione di fallimento, in sede di giudizio *ex post*, non consentono il più delle volte di ricostruire analiticamente le vicende societarie concretamente produttive di danno⁹.

Le non lievi difficoltà che si incontrano nel quantificare con sufficiente precisione la prestazione risarcitoria correlata alla violazione del dovere contenuto nell'art. 2486 c.c. hanno portato la giurisprudenza, fin da epoca risalente, a liquidare equitativamente il danno, tramite criteri "presuntivi" o "sintetici" che consentono di evitare la prova rigorosa degli elementi richiesti dalle regole generali in materia di responsabilità civile.

Non potendo, per questioni di brevità, ripercorrere puntualmente l'ampia e articolata evoluzione della giurisprudenza sul tema, ci si limita qui a ricordare brevemente i diversi orientamenti interpretativi che, nel corso tempo, si sono avvicinati¹⁰.

La prassi giudiziaria degli anni '70 e '80 identificava il danno da violazione dell'art. 2486 c.c. nella differenza tra attivo e passivo accertati in sede fallimentare (c.d. criterio del *deficit* fallimentare)¹¹. Un criterio che, come osservato dalla più avveduta dottrina e dalla più recente e consolidata giurisprudenza, mal si concilia con il principio civilistico che impone di accertare l'esistenza del nesso di causalità tra la condotta illecita ed il danno arrecato.

⁷ Sul punto R. RORDORF, *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Società*, 1993, p. 617.

⁸ Sul tema G.M. ZAMPERETTI, *La prova del danno da gestione non conservativa nella società disciolta per la perdita del capitale*, in *Fall.*, 2009, p. 570; L. PANZANI, *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità fra atti di mala gestione e danno. Lo stato della giurisprudenza*, in *Fall.*, 1989, p. 973.

⁹ In questo senso F. DIMUNDO, *op. cit.*, p. 1290.

¹⁰ Per una compiuta ricognizione dei diversi orientamenti giurisprudenziali si rinvia a F. DIMUNDO, *op. cit.*, p. 1294 ss.

¹¹ Il criterio è stato avallato, in epoca risalente, da Cass., 19 dicembre 1985, n. 6493, in *Giur. it.*, 1986, I, p. 374; Cass., 23 giugno 1977, n. 2671, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 68; Cass., 4 aprile 1977, n. 1281, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 449.

Per questo motivo, la giurisprudenza, negli anni successivi, ha ricercato criteri di quantificazione del danno alternativi¹². In questo percorso evolutivo, l'applicazione del criterio del *deficit* fallimentare è rimasta limitata ai casi di mancanza o irregolarità delle scritture contabili¹³, o ai casi in cui il dissesto della società e la conseguente sua sottoposizione a procedura concorsuale si siano venuti a determinare per fatto imputabile agli amministratori¹⁴. In tali circostanze, in relazione alle macroscopiche irregolarità compiute dall'organo gestorio, si è ritenuto che la ricerca rigorosa di un nesso di causalità immediato e diretto tra la violazione e il danno, onde individuare con esattezza il *quantum* del pregiudizio ascrivibile, si traduce per il curatore in un onere probatorio di pressoché impossibile assolvimento e conduce ad aberranti esenzioni di responsabilità.¹⁵

L'intervento delle sezioni unite della Suprema Corte del 2015, escludendo ogni automatismo nell'applicazione del criterio del *deficit* fallimentare¹⁶, ha consolidato il ricorso al criterio della c.d. "differenza tra netti patrimoniali"¹⁷. Al riguardo, la Cassazione ha chiarito

12 Sul punto Cass., 23 giugno 2008, n. 17033, in *Fall.*, 2009, p. 565.

13 In merito Cass., 4 aprile 1998, n. 3483, in *Giur. it.*, 1999, p. 328. Tra le pronunce di merito, Trib. Treviso, 29 ottobre 2009, in *www.ilcaso.it*; Trib. Napoli, 4 aprile 2000, in *Società*, 2000, p. 1243; Trib. Catania, 25 ottobre 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 729.

14 In questo senso Cass., 17 settembre 1997, n. 9252, in *Società*, 1998, p. 1025; Cass., 23 giugno 1977, n. 2671, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 69.

15 In merito L. ABETE, *Il fallimento degli imprenditori collettivi*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, II, p. 1917.

16 Il riferimento è a Cass., SS.UU., 6 maggio 2015, n. 9100, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 643, con commenti di A. BASSI, G. CABRAS, M. CIAN, S. FORTUNATO, D. GALLETTI, A. JORIO, P. MONTALENTI, G. RACUGNO, R. SACCHI, nell'ambito della tavola rotonda *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*; con nota di M. SPIOTTA, *L'atteso chiarimento delle Sezioni Unite sull'utilizzabilità del criterio del deficit*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1413; con nota di A. DI MAJO, *La responsabilità degli amministratori di società fallita: cause e conseguenze*, in *Giur. it.*, p. 1640; con nota di M. COSSU, *Azione di responsabilità della curatela fallimentare e quantificazione del danno risarcibile*, in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 529; con nota di P.P. FERRARO, *La pronuncia delle Sezioni Unite sul danno nelle azioni di responsabilità contro gli amministratori di società fallite*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1568.; con nota di G. CARMELINO, *Il criterio del deficit patrimoniale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2015, p. 934; A. PENTA, *La differenza tra attivo e passivo fallimentare: un criterio duro a morire*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 509. La pronuncia ha chiarito che «la mancanza di scritture contabili della società, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, di per sé sola non giustifica che il danno da risarcire sia individuato e liquidato in misura corrispondente alla differenza tra il passivo e l'attivo accertati in ambito fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato soltanto al fine della liquidazione equitativa del danno, ove ricorrano le condizioni perché si proceda ad una liquidazione siffatta, purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore e purché il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto».

17 *Ex multis*, Trib. Milano, 7 gennaio 2019, disponibile nella banca dati *Dejure*; Trib. Catanzaro, 16 novembre 2018, in *Società*, 2019, p. 745; Trib. Torino, 4 luglio 2018, in

che «il giudice può ricorrere in via equitativa, nel caso di impossibilità di una ricostruzione analitica dovuta all'incompletezza dei dati contabili ovvero alla notevole anteriorità della perdita del capitale sociale rispetto alla dichiarazione di fallimento, al criterio presuntivo della differenza dei netti patrimoniali. La condizione è che tale ricorso sia congruente con le circostanze del caso concreto, e che quindi sia stato dall'attore allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato e siano state specificate le ragioni impeditive di un rigoroso distinto accoramento degli effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta»¹⁸.

Com'è evidente, la pluralità delle interpretazioni giurisprudenziali rende il quadro estremamente variegato. Non può dunque stupire che il legislatore del nuovo CCII abbia avvertito l'esigenza di intervenire con due distinte regole per porre definitivamente fine all'annoso dibattito in merito alle azioni di responsabilità ex art. 2486 c.c.

4 Quantificazione del danno nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: il c.d. "criterio dei netti patrimoniali"

L'art. 378 del nuovo CCII, rubricato "Responsabilità degli amministratori", entrato in vigore il 16 marzo 2019, dopo aver reintrodotta nella disciplina delle s.r.l. la responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori della società, aggiunge un terzo comma all'art. 2486 c.c.¹⁹.

www.giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Venezia, 9 giugno 2016, in *IlSocietario.it*; Trib. Milano, 29 ottobre 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Milano, 29 ottobre 2015, in *Riv. dott. comm.*, 2016, p. 121; Trib. Milano, 23 settembre 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Prato, 25 settembre 2012, in *Riv. dott. comm.*, 2013, p. 953; Trib. Milano, 18 gennaio 2011, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 391; Trib. Milano, 23 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 657; Trib. Marsala, 2 maggio 2005, in *Fall.*, 2006, p. 461; Trib. Milano, 7 febbraio 2003, in *Società*, 2003, p. 1385; Trib. Milano, 11 novembre 2002, in *Società*, 2003, p. 1015.

¹⁸ Il riferimento è a Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, in *Giur. comm.* 2018, II, p. 236. Più recentemente, in senso conforme, Cass., 30 settembre 2019, n. 24431, disponibili nella banca dati *Dejure*.

¹⁹ Tra i primi contributi sul nuovo terzo comma dell'art. 2486 c.c., v. F. DIMUNDO, *op. cit.*, p. 1289 ss.; N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, p. 407 ss.; A. BARTALENA, *op. cit.*, p. 304; P. POTOTSCHNIG, *Responsabilità degli amministratori e questioni ricorrenti alle prime luci del Codice della crisi d'impresa*, in *Società*, 2019, p. 764; T.M. CAVALIERE, *Le modificazioni del codice civile*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2055; R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 944 ss.; S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 952 ss.; M. ROSSI, *Prime note sulla quantificazione del danno per violazione dell'art. 2486, comma 1°, c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 1140; F. BRIZZI, *Procedure di allerta e doveri degli organi di ge-*

Occorre sin da subito precisare che l'intervento riformatore non concerne ogni ipotesi di responsabilità degli amministratori, ma, come precisa l'*incipit* della norma in commento, investe unicamente il caso, piuttosto frequente, in cui si accerti, al di fuori o all'interno delle procedure concorsuali, una responsabilità per violazione del dovere di gestione conservativa al verificarsi di una causa di scioglimento. Con la conseguenza che restano escluse dal perimetro di operatività della regola le altre ipotesi di responsabilità degli amministratori²⁰.

È doveroso poi precisare che la nuova disposizione incide esclusivamente sui criteri di quantificazione del danno risarcibile e non sull'individuazione della condotta antigiuridica imputata agli amministratori. Ne deriva che, nel corso del giudizio di responsabilità, si dovrà anzitutto accertare, in una logica *ex ante*, che il deterioramento della situazione patrimoniale della società avrebbe imposto agli amministratori di conformare la gestione al parametro della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale²¹.

Orbene, il terzo comma dell'art. 2486 c.c., nella prima parte, legittima l'utilizzo del c.d. criterio dei netti patrimoniali. Il legislatore introduce una presunzione relativa che quantifica il danno nella misura pari alla differenza tra il patrimonio netto al momento in cui si è verificata la causa di scioglimento e il patrimonio netto al momento in cui l'amministrazione è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura.

Il meccanismo presuntivo «trova piena giustificazione nel fatto che l'aggravamento delle perdite, determinato dalla prosecuzione dell'attività di impresa in presenza di un capitale ormai azzerato, deriva non già da singoli atti dannosi, bensì dalla prosecuzione di una gestione caratterizzata dall'eccedenza dei costi sui ricavi. In tale ottica si tiene conto dell'essenza del "sistema dinamico impresa", che è attività costituita da un insieme di operazioni, una correlata all'altra, dove ciascuna non è di norma singolarmente sindacabile, ma lo è il risultato di tutte»²². Sotto il profilo probatorio, ciò comporta che le curatele sono tenute ad allegare l'esistenza della causa di sciogli-

stione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario, in *Rivista ODC*, 2019; L. JEANTET, P. VALLINO, *La responsabilità degli amministratori: guardare al passato, pensare al futuro e interpretare il presente*, in www.ilfallimentarista.it, 2 maggio 2019, p. 1 ss.; R. ROSAPEPE, *Responsabilità degli amministratori per la prosecuzione dell'attività successivamente al verificarsi di una causa di scioglimento e criteri di determinazione del danno risarcibile*, in *Dir. fall.*, 2019, II, p. 1205 ss.; L. CASTELLI, S. MONTI, *Il nuovo art. 2486, comma 3, c.c.: background, profili di continuità e di innovazione, impatto processuale*, in *IlSocietario.it*, 14 ottobre 2019.

20 Sul punto anche P. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, p. 765; A. BARTALENA, *op. cit.*, p. 305.

21 In questi termini anche R. ROSAPEPE, *op. ult. cit.*, p. 1211; M. ROSSI, *op. cit.*, p. 1140; N. ABRIANI, A. ROSSI, *op. cit.*, p. 409.

22 Così Trib. Milano, 28 novembre 2017, in *Società*, 2018, p. 703. In dottrina, D. GALLETI, *op. cit.*, p. 6.

mento e la violazione del dovere di gestione conservativa, ma non anche le specifiche operazioni compiute dagli amministratori in spreco dell'art. 2486 c.c.

Naturalmente, la norma muove dall'intento di politica legislativa di agevolare il lavoro degli organi delle procedure concorsuali nei giudizi di responsabilità promossi contro gli amministratori, per un verso, riversando sui convenuti l'onere di provare che il danno prodotto è inferiore a quello risultante dall'applicazione del criterio legale, e, per l'altro, evitando ai giudici il gravoso compito di individuare il nesso di causa tra la prosecuzione dell'attività in senso non conservativo e il danno che ne sia conseguenza diretta e immediata²³.

Al riguardo, va rimarcato che, nella prospettiva del nuovo CCII, il metodo della differenza dei netti patrimoniali non rappresenta un parametro equitativo di quantificazione del danno, da utilizzare in via sussidiaria, ai sensi dell'art. 1226 c.c., bensì un criterio generale a cui parte attrice (di norma, il curatore fallimentare) può ricorrere in via diretta e immediata a condizione che le scritture contabili siano attendibili e regolarmente tenute²⁴.

Sotto questo aspetto, non convince pienamente la tesi dottrinale che nella prima parte del terzo comma dell'art. 2486 c.c. individua un automatismo nella determinazione dell'obbligazione risarcitoria che, trascurando l'effettivo apporto causale imputabile agli amministratori, sembrerebbe presumere non solo l'ammontare del danno, ma anche la stessa esistenza di un danno imputabile agli amministratori²⁵. Un automatismo che parrebbe operare anche nei casi in cui il *quantum* risarcibile è facilmente quantificabile nel rispetto dei criteri di cui all'art. 1223 c.c., essendo immediatamente conseguente all'atto illecito compiuto dagli amministratori.

A ben guardare, il terzo comma dell'art. 2486 c.c. prevede, come osservato, che il criterio legale trova applicazione quando è accertata la responsabilità degli amministratori e, per giunta, introduce alcuni correttivi che perfezionano la determinazione del pregiudizio risarcibile.

In prima battuta, il convenuto, stante l'inciso «salva la prova di un diverso ammontare», può dimostrare che non tutta la diminuzio-

²³ Sul punto N. ABRIANI, A. ROSSI, *op. cit.*, p. 408. In senso analogo T.M. CAVALIERE, *op. cit.*, p. 2056.

²⁴ Sul tema N. ABRIANI, A. ROSSI, *op. cit.*, p. 408; F. DIMUNDO, *op. cit.*, p. 1298.

²⁵ In argomento N. ABRIANI, A. ROSSI, *op. cit.*, p. 409, per cui, con riguardo alla prima parte del nuovo terzo comma dell'art. 2486 c.c., «il vero *plus* della norma non sembra riguardare la quantificazione del danno», normalizzando il criterio prevalentemente adoperato dalla giurisprudenza, «ma il nesso di causalità [...] perché ciò che si presume non è il *quantum* del danno ma l'esistenza stessa di un danno che sia conseguenza della prosecuzione in sé dell'attività d'impresa, se non orientata alla finalità conservativa imposta dall'art. 2486, comma 1, c.c.».

ne patrimoniale conseguita dalla continuazione della gestione ordinaria sia imputabile all'astensione dal comportamento doveroso, nel caso di specie l'agire in senso conservativo. In concreto, si assiste ad un'inversione dell'onere della prova, per cui non è il curatore che deve dimostrare qual è il pregiudizio arrecato dalla *mala gestio* dell'amministratore, in ossequio delle regole ordinarie del processo, ma è l'amministratore che deve provare che il danno corrisponde ad un diverso ammontare, presumibilmente inferiore, rispetto a quello che risulta dal differenziale dei patrimoni netti²⁶.

In secondo luogo, dall'erosione del patrimonio netto vanno detratti tutti quei costi sostenuti o da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione, che non possono essere imputati, a titolo di danno, agli amministratori. In questo modo, si quantifica il decremento patrimoniale che la società avrebbe subito se fosse stata prontamente messa in liquidazione al verificarsi della perdita del capitale sociale²⁷.

Ancora, ai fini della determinazione del danno, sebbene non sia espressamente indicato dalla norma in commento, è necessario confrontare situazioni patrimoniali omogenee, visto che sarebbe scorretto, oltre che irragionevole, comparare risultati di bilanci redatti secondo criteri di funzionamento e di bilanci redatti secondo criteri di liquidazione. Perciò, in conformità con la prassi consolidata, il patrimonio netto al momento in cui si è verificata la causa di scioglimento deve essere rettificato alla luce dei criteri di redazione del bilancio di liquidazione.

Quanto ai due termini di raffronto per determinare la perdita incrementale, si dovrà, anzitutto, avere riguardo al patrimonio netto alla data in cui si è verificata la causa di scioglimento, vale a dire alla data in cui si assume che la società abbia perso il suo capitale²⁸. Nell'individuazione del *dies a quo*, occorre prendere a riferimento il momento in cui l'evento dissolutivo è risultato percepibile agli amministratori impiegando la diligenza richiesta dall'art. 2392 c.c.²⁹. Ai fini della corretta determinazione della data di riferimento, si dovreb-

²⁶ Sul tema A. BARTALENA, *op. cit.*, p. 307.

²⁷ Sul punto D.GALLETTI, *Ancora sulla valutazione del danno nelle azioni di responsabilità: un banco di prova per la coerenza dei concetti*, in www.ilfallimentarista.it, 7 settembre 2018, p. 13, il quale sottolinea che «nel momento in cui si ascrive alla responsabilità degli organi della società di non aver adottato una condotta alternativa che si reputa "corretta" (appunto: "chiudere la baracca", oppure ristrutturarla ragionevolmente), non si può infatti non depurare la diminuzione del patrimonio netto che si imputa loro da quegli addebiti che si sarebbero verificati proprio se fosse stato scelto il comportamento legittimo». In argomento anche Cass., SS.UU., 6 maggio 2015, n. 9100, cit.

²⁸ In questo senso A. BARTALENA, *op. cit.*, p. 307.

²⁹ In questi termini R. RORDORF, *op. ult. cit.*, p. 929.

be tenere conto dei “normali tempi di reazione” degli amministratori per accertare l’esistenza della causa di scioglimento e per adottare le misure imposte dalla legge (artt. 2485 e 2486 c.c.)³⁰.

Il secondo termine di confronto è il patrimonio netto della società alla data di apertura della procedura concorsuale. La dottrina ha già posto in evidenza che il riferimento all’apertura della procedura, anziché al deposito della domanda per accedervi, porta ad imputare agli amministratori le perdite che si sono prodotte dopo il deposito³¹. Al riguardo, è doveroso rammentare che dalla data di deposito della domanda di concordato preventivo, anche ai sensi dell’art. 161, co. 6., l.fall., o di omologazione di un accordo di ristrutturazione, non opera la causa di scioglimento per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, così come il dovere conservativo ex art. 2486 c.c. (art. 182 *sexies* l.fall., riprodotto negli artt. 64 e 89 CCII). Al fine di non ostacolare l’adozione di iniziative volte al superamento della crisi, come osservato da autorevole dottrina, la nuova norma dovrebbe pertanto essere interpretata in conformità con l’art. 182 *sexies* l.fall., vale a dire prendendo a riferimento il patrimonio netto alla data di deposito della domanda di concordato o di omologazione dell’accordo³².

5 (Segue) il c.d. “criterio del deficit fallimentare”

La parte finale della novellata disposizione codicistica introduce un criterio residuale o sussidiario che determina il danno da prosecuzione dell’attività di gestione non conservativa nella misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura fallimentare. In particolare, è previsto che la curatela può ricorrere al criterio del *deficit* fallimentare «se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell’irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati».

Anche qui, va dato conto che la novella opera sotto il profilo del *quantum* risarcibile, non dell’*an debeatur*, con la conseguenza che chi agisce in giudizio contro gli amministratori deve anzitutto provare, o se non altro allegare, la condotta di *mala gestio* dell’amministratore, il danno e il nesso di causa tra la condotta e il danno.

Ciò detto, si segnala che il criterio del *deficit* fallimentare è destinato ad applicazioni marginali, circoscritte ai casi in cui sussiste un’obiettivo difficoltà di fornire una sicura dimostrazione del dan-

30 Sul tema N. ABRIANI, A. ROSSI, *op. cit.*, p. 410; A. BARTALENA, *op. cit.*, p. 305.

31 Così N. ABRIANI, A. ROSSI, *op. cit.*, p. 410; F. DIMUNDO, *op. cit.*, p. 1299.

32 Sul punto N. ABRIANI, A. ROSSI, *op. cit.*, p. 410; F. DIMUNDO, *op. cit.*, p. 1299.

no arrecato al patrimonio sociale dalla gestione non conservativa³³. Questo è certamente positivo dato che, imputando agli amministratori l'intero *deficit* fallimentare, comprensivo anche delle perdite che potrebbero essersi prodotte anteriormente al verificarsi della causa di scioglimento e, soprattutto, le ulteriori passività che inevitabilmente un'impresa sopporta nell'affrontare la fase di liquidazione, si recide ogni legame causale fra la condotta illecita, il danno e il nesso di causalità³⁴.

Merita poi segnalare che il nuovo terzo comma dell'art. 2486 c.c., nella parte in cui legittima l'applicazione del criterio dello sbilancio fallimentare, parrebbe introdurre una presunzione assoluta di quantificazione del danno, che non ammette prova contraria³⁵. In merito, è doveroso osservare che la mancanza (o l'irregolarità) delle scritture contabili della società, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, di per sé non giustifica che il danno sia liquidato in misura corrispondente alla differenza tra attivo e passivo fallimentare³⁶. Ciò in quanto la violazione del dovere di corretta redazione e di conservazione della documentazione contabile è un fatto che difficilmente si pone in rapporto causale con il danno identificato nel *deficit* fallimentare³⁷. Per di più, non si può non tenere conto che le violazioni degli obblighi relativi alla tenuta della contabilità non precludono, in ogni caso, in via assoluta, la possibilità di accertare le condotte antidoverose degli amministratori³⁸.

È evidente che, aderendo alla tesi dell'inammissibilità della prova contraria, si finirebbe per ammettere una sanzione punitiva in capo agli amministratori³⁹. Non è qui possibile soffermarsi sulla questione dei danni punitivi, ma si rammenta che nel nostro ordinamento il carattere sanzionatorio del risarcimento è ammesso solamente nei

33 In questo senso N. ABRIANI, A. ROSSI, *op. cit.*, p. 411; F. DIMUNDO, *op. cit.*, p. 1300; A. BARTALENA, *op. cit.*, p. 305.

34 In questi termini N. ABRIANI, A. ROSSI, *op. cit.*, p. 411.

35 Sul punto App. Catania, 16 gennaio 2020, n. 136, in *www.ilcaso.it*.

36 In argomento R. ROSAPEPE, *op. ult. cit.*, p. 1212; F. SIGNORELLI, *Azione di responsabilità ex art. 146 l.fall. e determinazione del danno*, in *Fall.*, 2010, p. 1199.

37 In merito Cass., SS.UU., 6 maggio 2015, n. 9100, *cit.*, prevede che «la contabilità registra gli accadimenti economici che interessano l'attività d'impresa, non li determina: ed è da quegli accadimenti che deriva il *deficit* patrimoniale, non certo dalla loro (mancata o scorretta) registrazione in contabilità».

38 Sul punto v. Cass., SS.UU., 6 maggio 2015, n. 9100, *cit.*

39 In tema G. CABRAS, *Commento a Cass., SS.UU., 6 maggio 2015, n. 9100*, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 656, nell'ambito della tavola rotonda *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, il quale osserva che «la disciplina della responsabilità degli amministratori non ha, né può avere (pena la perdita della funzionalità in via preventiva) finalità punitive [...], ma semplicemente di riequilibrio degli interessi in gioco, ponendo a carico degli stessi amministratori il ristoro dei danni da loro arrecati».

casi in cui sia espressamente previsto dalla legge⁴⁰. Ma, a ben vedere, l'art. 14, lett. e), della legge delega non induce a ritenere che la volontà del legislatore fosse quella di introdurre una sanzione punitiva a carico dei componenti dell'organo amministrativo che abbiano violato il dovere conservativo di cui all'art. 2486 c.c.; e così pure la relazione illustrativa del nuovo CCII⁴¹. Ragionando in questi termini, pare opportuno privilegiare un percorso interpretativo che supera il significato letterale della norma e, pertanto, riconosce ai convenuti la possibilità di provare che l'entità del danno è diversa rispetto a quella che risulta in applicazione del criterio legale.

Ancora, partendo dal presupposto che il criterio del *deficit* fallimentare contraddice il principio generale per cui deve sussistere un nesso di causalità immediata e diretta fra l'ammontare del danno e il comportamento illecito addebitato agli amministratori, è irragionevole ritenere che dalla mancata o irregolare tenuta delle scritture contabile possa derivare automaticamente l'applicazione di tale criterio. In forza del principio affermato dalle sezioni unite della Cassazione nel 2015, si dovrebbe, infatti, ritenere che il criterio dello sbilancio fallimentare possa essere applicato, ai fini della liquidazione equitativa del danno, «ove ricorrano le condizioni perché si proceda ad una liquidazione siffatta, purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore e purché il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto».

40 Sul punto Cass., SS.UU., 6 maggio 2015, n. 9100, cit., ove si legge che «postulare che l'amministratore debba rispondere dello sbilancio patrimoniale della società sol perché non ha correttamente adempiuto l'obbligo di conservazione delle scritture contabili ed ha reso perciò più arduo il compito ricostruttivo del curatore fallimentare equivale, in tale situazione, ad attribuire al risarcimento del danno così identificato una funzione palesemente sanzionatoria [...]. Ciò potrebbe oggi forse non apparire più così incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento, come una volta si riteneva, giacché negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato *lato sensu* sanzionatorio al risarcimento [...], ma non lo si può ammettere al di fuori dei casi nei quali una qualche norma di legge chiaramente lo preveda [...]». In argomento anche Cass., SS. UU., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno e resp.*, 2017, p. 419, per cui «nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile». Secondo la Suprema Corte, «ciò non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati. Ogni imposizione di prestazione personale esige una "intermediazione legislativa", in forza del principio di cui all'art. 23 Cost., (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario».

41 Sul punto R. ROSAPEPE, *op. ult. cit.*, p. 1213 ss.

In ultima istanza, merita segnalare che il criterio dello sbilancio fallimentare si applica a tutti i componenti dell'organo amministrativo, nonostante la carenza o l'irregolarità delle scritture contabili sia in concreto ascrivibile solo ad alcuni⁴². Ciò deriva dal fatto che la redazione del bilancio di esercizio e, più in generale, la tenuta della documentazione contabile, anche nel caso in cui l'organo gestorio assuma una composizione collegiale, costituisce attribuzione fondamentale del *plenum* consiliare. Trattasi, com'è noto, di una attribuzione non delegabile *ex art.* 2381, co. 4, c.c. che rende tutti gli amministratori, con delega o privi di delega, responsabili verso la società, i creditori sociali e i soci del rispetto delle regole di verità, correttezza e chiara redazione del bilancio⁴³.

6 Riflessioni conclusive

Il Tribunale di Venezia nella pronuncia in esame, nel punto in cui reputa adeguato il criterio dei netti patrimoniali nella quantificazione del danno da violazione del dovere conservativo al verificarsi di una causa di scioglimento per riduzione del capitale sotto il minimo legale, aderisce all'orientamento giurisprudenziale prevalente e, di riflesso, si allinea alla prima parte del nuovo terzo comma dell'art. 2486 c.c.

Il giudice reputa non corretto il criterio della differenza tra attivo e passivo fallimentare, in quanto modalità equitativa di quantificazione del danno utilizzabile unicamente nel caso di difetti delle scritture contabili che non consentano al curatore di verificare in modo preciso la perdita patrimoniale della società. In ragione di ciò, si può concludere che la pronuncia qui annotata fa applicazione del consolidato insegnamento giurisprudenziale in merito all'utilizzo del criterio del *deficit* fallimentare, sulla scorta del quale, come visto, si reputa necessario interpretare la seconda parte del nuovo terzo comma dell'art. 2486 c.c.

⁴² Di questo avviso A. BARTALENA, *op. cit.*, p. 307; F. DIMUNDO, *op. cit.*, p. 1301.

⁴³ In questi termini Trib. Milano, 5 maggio 2017, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Quaderni semestrali

del Progetto Dottorale di Alta
Formazione in Scienze Giuridiche
e del Centro Studi Giuridici
del Dipartimento di Economia
dell'Università Ca' Foscari Venezia



Università
Ca' Foscari
Venezia

