

Anno 11 – Numero 2

23 gennaio 2013

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

# IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

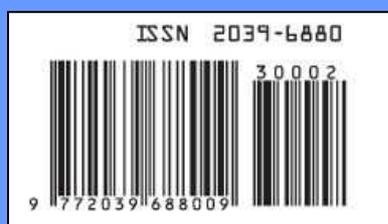
DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

## IN QUESTO NUMERO:

- *CROWDFUNDING*
- **DOVERE DI VIGILANZA**
- **TRASFORMAZIONE ETEROGENEA**

**ItaliaOggi**



**DIREZIONE SCIENTIFICA**  
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

**COORDINAMENTO SCIENTIFICO**  
Gilberto Gelosa

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

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



*NDS* collabora con la rivista:



**VÍA CRISIS**  
*Revista Electrónica de Derecho Concursal*

**SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE**

a cura di Luciano Panzani

**SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE**

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

**SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO**

a cura di Gilberto Gelosa

**SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA**

a cura di Marco Casavecchia

**SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI**

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

**COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE**

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

**COMITATO DI INDIRIZZO**

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

**REDAZIONE**

Maria Di Sarli (coordinatore)

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

**HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO**

Alessandro Bollettinari, Cristina Saracino, Federico Tallia, Gabriele Varrasi

# INDICE

	<i>Pag.</i>
<b>STUDI E OPINIONI</b>	
<i>Il crowdfunding: la raccolta del capitale tramite piattaforme online nella prassi e nella recente legislazione</i> di <b>Alessandro Bollettinari</b>	9
<i>Il dovere di vigilanza e le modalità di esercizio</i> di <b>Federico Tallia</b>	36
<i>Fondazioni e trasformazione eterogenea</i> di <b>Gabriele Varrasi</b>	49
<b>OSSERVATORIO INTERNAZIONALE</b>	
Le tendenze europee di gestione della crisi d'impresa: tra procedure di liquidazione e di risanamento di <b>Cristina Saracino</b>	75
<b>SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE</b>	91
<b>SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO</b>	95
<b>INFORMAZIONE CONVEGNI</b>	99

# SOMMARIO

## STUDI E OPINIONI

### **Il crowdfunding: la raccolta del capitale tramite piattaforme online nella prassi e nella recente legislazione**

*L'Autore presenta il fenomeno del crowdfunding (o "finanziamento della folla"), ovvero il finanziamento collettivo di progetti, iniziative o startup, ottenuto attraverso piccoli investimenti individuali di denaro o altre risorse, effettuati da investitori non professionali (c.d. crowd funders) su portali online di raccolta del capitale.*

*L'attenzione per il fenomeno non è soltanto dettata dalla sua innovatività, ma soprattutto dai recenti interventi normativi. In particolare, il D.l. n. 179 del 18 ottobre 2012, convertito con modificazioni nella legge n. 221 del 17 dicembre 2012, ha modificato parzialmente il contenuto del T.U.F. così da permettere la raccolta di capitali di rischio tramite portali online, ritenendola una delle misure necessarie per la nascita e lo sviluppo di imprese startup innovative.*

**di Alessandro Bollettinari**

### **Il dovere di vigilanza e le modalità di esercizio**

*Il dovere di vigilanza rappresenta una delle più appassionanti tematiche poste al centro degli odierni dibattiti sulla corporate governance. Nel seguito, pertanto, verranno analizzate sia le linee guida individuate della dottrina italiana, che si ispirano a quelle statunitensi, sia le differenti modalità attraverso cui tale dovere si esplica.*

**di Federico Tallia**

### **Fondazioni e trasformazione eterogenea**

*La trasformazione eterogenea da e in fondazioni, introdotta dalla novella del 2003, ha rappresentato uno strumento innovativo a servizio degli operatori economici e giuridici. Il presente approfondimento descrive il quadro normativo di riferimento, analizzando la fattispecie alla luce delle ricostruzioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza.*

**di Gabriele Varrasi**

# SOMMARIO

## OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

### **Le tendenze europee di gestione della crisi d'impresa: tra procedure di liquidazione e di risanamento**

*L'Autrice ripercorre gli aspetti essenziali delle procedure concorsuali previste nei principali ordinamenti europei, soffermandosi sulla tendenza, oggi prevalente, verso meccanismi di allerta e prevenzione e soluzioni volte al risanamento e alla salvaguardia dei valori aziendali.*

di **Cristina Saracino**

# INDEX-ABSTRACT

Page

## STUDIES AND OPINIONS

### **Crowdfunding: An Examination of the Raising of Capital through Online Platforms both in Practice and Recent Legislation** 9

*The Author presents the phenomenon of crowdfunding, i.e. the joint financing of projects, initiatives or startups, facilitated by small personal cash investments or the pledging of other resources, by non-professional investors (the “crowd funders”) via online portals, with the goal of raising capital.*

*The attention given by the Author to the phenomenon is not only dictated by its innovative nature, but also by the recent regulatory action. In particular the Decree Law no. 179 of October 18, 2012, converted with amendments into Law no.221 of December 17, 2012, which partly amended the content of the T.U.F. in order to allow the collection of risk capital through online portals, has considered the crowdfunding as one of the measures necessary for the creation and development of innovative startup companies.*

by **Alessandro Bollettinari**

### **The duty to monitor** 36

*The duty to monitor represents one of the most passionate issues in the current corporate governance debate.*

*The Author analyses the guide lines provided by Italian scholar, which are based on American ones, and the different ways to perform the duty to monitor.*

by **Federico Tallia**

### **Foundations and Heterogeneous Transformation** 49

*The heterogeneous transformation from and to foundations, introduced by the 2003 law, represented an innovative tool at the service of economic and legal operators. This paper describes the legislative framework, analyzing the reconstructions proposed by doctrine and jurisprudence.*

di **Gabriele Varrasi**

# INDEX-ABSTRACT

## INTERNATIONAL OBSERVATORY

### **European trends in the management of companies in crisis: liquidation and reorganization** 75

*The Author traces the essential aspects of bankruptcy proceedings provided for in the main European legal systems, focusing in particular on the recent trend to have warning and prevention mechanisms as well as solutions aimed at the rehabilitation and preservation of values.*

by **Cristina Saracino**

# IL CROWDFUNDING: LA RACCOLTA DEL CAPITALE TRAMITE PIATTAFORME ON-LINE NELLA PRASSI E NELLA RECENTE LEGISLAZIONE

*L'Autore presenta il fenomeno del crowdfunding (o "finanziamento della folla"), ovvero il finanziamento collettivo di progetti, iniziative o startup, ottenuto attraverso piccoli investimenti individuali di denaro o altre risorse, effettuati da investitori non professionali (c.d. crowd funders) su portali online di raccolta del capitale.*

*L'attenzione per il fenomeno non è soltanto dettata dalla sua innovatività, ma soprattutto dai recenti interventi normativi. In particolare, il D.l. n. 179 del 18 ottobre 2012, convertito con modificazioni nella legge n. 221 del 17 dicembre 2012, ha modificato parzialmente il contenuto del T.U.F. così da permettere la raccolta di capitali di rischio tramite portali online, ritenendola una delle misure necessarie per la nascita e lo sviluppo di imprese startup innovative.*

di **ALESSANDRO BOLLETTINARI**

### **1. Recenti interventi normativi**

Il fenomeno del *crowdfunding* è stato regolamentato in Italia dalla legge n. 221 del 17 dicembre 2012<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La legge n. 221 del 17 dicembre 2012 (di seguito, per brevità, "Legge") ha convertito, con modificazioni, il decreto-legge n. 179 del 18 ottobre 2012, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese. Invero il testo del D.l. n. 179 del 18 ottobre 2012 era già stato anticipato dal Consiglio dei Ministri del 4 ottobre 2012 che, recependo quanto proposto dal Ministro dello Sviluppo economico, delle Infrastrutture e dei Trasporti, ne aveva condiviso il contenuto (si veda il comunicato della Presidenza del Consiglio dei Ministri al seguente indirizzo: [http://www.governo.it/Presidente/Comunicati/testo\\_int.asp?d=69362](http://www.governo.it/Presidente/Comunicati/testo_int.asp?d=69362)). Altresì meritevole di nota per l'attenzione mostrata al *crowdfunding*, in *primis* quale strumento per il finanziamento delle *startup*, è il rapporto "Restart, Italia!" (consultabile al seguente indirizzo: [http://www.governo.it/governoinforma/dossier/restart\\_italia/Restart-italia\\_versione\\_completa\\_ITA.pdf](http://www.governo.it/governoinforma/dossier/restart_italia/Restart-italia_versione_completa_ITA.pdf)), elaborato dalla *task force* sulle *startup* istituita presso il Ministero dello Sviluppo Economico e presentato il 13 settembre 2012 dallo stesso Ministro. Il rapporto introduce precisi requisiti, limiti, obblighi informativi e incentivi alla raccolta del

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

L'articolo 26, n. 5 della Legge, inserito, al pari della altre disposizioni riguardanti il *crowdfunding* nella Sezione IX (dedicata alle “Misure per la nascita e lo sviluppo di imprese *start-up* innovative”), prevede che “*In deroga a quanto previsto dall'articolo 2468, comma primo, del codice civile, le quote di partecipazione in start-up innovative costituite in forma di società a responsabilità limitata possono costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari, anche attraverso i portali per la raccolta di capitali di cui all'articolo 30 del presente decreto, nei limiti previsti dalle leggi speciali*”. Tale disposizione intende rimuovere un considerevole limite allo sviluppo delle *startup*, le quali, quantomeno nella loro fase iniziale, usualmente non dispongono di un capitale sufficiente per costituirsi in forma di s.p.a., ovvero intendono crescere senza doversi necessariamente trasformare in s.p.a.

L'articolo 30 della Legge – che, come si evince dalla sua rubrica (“Raccolta diffusa di capitali di rischio tramite portali *online*”) è quello che più interessa il *crowdfunding* –, modifica parzialmente il contenuto del T.U.F. così da permettere la raccolta di capitali di rischio tramite portali *on-line*. La disciplina di dettaglio è demandata ad un regolamento Consob, da emanarsi entro 90 giorni dalla data di conversione del decreto in legge<sup>2</sup>.

La stessa norma chiarisce il significato della locuzione “*portale per la raccolta di capitali per le Startup innovative*”, considerandosi tale “[...] una piattaforma online che abbia come finalità esclusiva la facilitazione della raccolta di capitale di rischio da parte delle *start-up innovative*, comprese le *startup a vocazione sociale*”, e specifica che “*per 'start-up innovativa' si intende la società definita dall'articolo 25 comma 2 del*

---

capitale attraverso il *crowdfunding*. In specie possono svolgere tale attività le società di capitali con capitale minimo di 50 mila euro interamente versato, in cui almeno uno dei soci o il legale rappresentante abbia maturato un'esperienza pregressa di minimo tre anni nell'*angel investing* e/o nel *venture capital*. Il limite quantitativo di raccolta del capitale viene fissato a 2.5 milioni di euro per operazione, l'investimento individuale minimo a 20 euro e quello massimo al 5% del totale delle quote; inoltre, viene rimosso il diritto di voto in assemblea per i soci sottoscrittori tramite *crowdfunding*, mantenendone esclusivamente i diritti economici, di verifica e di controllo (in alternativa, per tutti i *crowdfunder* interessati al finanziamento della *startup*, rimane aperta la possibilità di riunirsi in un'unica entità legale). Quanto agli obblighi informativi, si richiede una chiara *disclosure* sulla piattaforma e, in corrispondenza di ciascuna proposta di investimento, un'indicazione della natura aleatoria dell'operazione. Infine, con riferimento agli incentivi, si prevede una detrazione fiscale pari al 75% degli investimenti effettuati tramite *crowdfunding* nella *startup*.

<sup>2</sup> “*La Consob detta le disposizioni attuative del presente articolo entro 90 giorni dalla conversione in legge del presente decreto*” (art. 30, n. 5, D.l. 179/2012, conv. L. 221/2012). Si ricorda che la conversione del decreto in legge è avvenuta in data 17 dicembre 2012 (cfr. *supra*, in questo par., alla nota 1).

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

*decreto-legge [n. 179/2012]*<sup>3</sup>.

L'articolo 30 della Legge prevede poi che per “gestore di portali” deve intendersi “il soggetto che esercita professionalmente il servizio di gestione di portali per la raccolta di capitali per le start-up innovative ed è iscritto nel registro di cui al comma 2 [D.l. 179/2012]”. Infatti, l'attività di gestione “è riservata alle imprese di investimento e alle banche autorizzate ai relativi servizi di investimento, nonché ai soggetti iscritti in un apposito registro che dovrà essere istituito e tenuto dalla Consob [secondo le modalità e condizioni che saranno definite con regolamento dalla stessa Consob], a condizione che questi ultimi soggetti trasmettano gli ordini riguardanti la sottoscrizione e la compravendita di strumenti finanziari rappresentativi di capitale esclusivamente a banche e imprese di investimento”<sup>4</sup>.

La stessa norma introduce nel T.U.F. un nuovo articolo, il 100-ter (rubricato “Offerte attraverso portali per la raccolta di capitali”), in forza del quale “Le offerte al pubblico condotte esclusivamente attraverso uno o più portali per la raccolta di capitali possono avere ad oggetto soltanto la sottoscrizione di strumenti finanziari emessi dalle start-up innovative e devono avere un corrispettivo totale inferiore a quello determinato dalla Consob [ai sensi dell'articolo 100, comma 1, lettera c)]”. La Consob determina la disciplina applicabile alle offerte di cui sopra, “al fine di assicurare la sottoscrizione da parte di investitori professionali o particolari categorie di investitori dalla stessa individuate di una quota degli strumenti finanziari offerti, quando l'offerta non sia riservata esclusivamente a clienti professionali, e di tutelare gli investitori diversi dai clienti professionali nel caso in cui i soci di controllo della start-up innovativa cedano le proprie partecipazioni a terzi successivamente all'offerta”<sup>5</sup>.

Il legislatore ha così regolamentato un fenomeno in forte ascesa, rispetto al quale, anche alla luce delle esperienze straniere, una risposta legislativa era ormai d'uopo<sup>6</sup>. Tale necessità assume un rilievo ancora maggiore in un momento di crisi

<sup>3</sup> Cfr. art. 30, n. 1, D.l. 179/2012, conv. L. 221/2012.

<sup>4</sup> Inoltre “l'iscrizione nel registro di cui al comma 2 è subordinata al ricorrere dei seguenti requisiti: a) forma di società per azioni, di società in accomandita per azioni, di società a responsabilità limitata o di società cooperativa; b) sede legale e amministrativa o, per i soggetti comunitari, stabile organizzazione nel territorio della Repubblica; c) oggetto sociale conforme con quanto previsto dal comma 1; d) possesso da parte di coloro che detengono il controllo e dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo dei requisiti di onorabilità stabiliti dalla Consob; e) possesso da parte dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo, di requisiti di professionalità stabiliti dalla Consob” (cfr. art. 30, n. 2, D.l. 179/2012, conv. L. 221/2012).

<sup>5</sup> Cfr. art. 30, n. 3, D.l. 179/2012, conv. L. 221/2012.

<sup>6</sup> In primis quello statunitense dove è stato recentemente promulgato il *Jumpstart Our Business Startups (JOBS) Act* (cfr. *infra*, par. 4, nota 26).

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

economica quale quello attuale, allorché la raccolta diffusa di capitali di rischio tramite portali *online* e, più in generale, il sostegno alla nascita e allo sviluppo di *startup* innovative, rappresenta uno strumento in grado di generare nuova ed immediata ricchezza. Si deve inoltre rilevare che il finanziamento delle *startup* attraverso il capitale di rischio può contribuire a ridurre la loro dipendenza dai canali di finanziamento tradizionali (tra i quali, in primo luogo, quello bancario), con un positivo ritorno in termini di diversificazione delle fonti di approvvigionamento del capitale.

### 2. Descrizione del fenomeno

Con il termine *crowdfunding* (o “finanziamento della folla”) si intende il finanziamento collettivo di progetti, iniziative o *startup*, ottenuto attraverso piccoli investimenti individuali di denaro o altre risorse, effettuati da persone spinte da spirito di collaborazione, spirito imprenditoriale, fiducia nel progetto o semplice apprezzamento dello stesso<sup>7</sup>. In altri termini, un finanziamento collaborativo proveniente dal basso, che intende rispondere alle esigenze di coloro che, malgrado l’elevato potenziale creativo, non dispongono dei fondi necessari alla realizzazione dei loro progetti (imprenditoriali, culturali, scientifici, musicali, cinematografici, artistici etc.).

Tuttavia, se questo fosse il solo contenuto del modello di finanziamento in esame non vi sarebbe ragione per deporre a favore della sua novità rispetto ai canali tradizionali, quali banche, società finanziarie e *business angels*. Le novità è invece presente e risiede, *inter alia*, nelle caratteristiche più frequentemente possedute dei soggetti finanziatori, vale a dire investitori non professionali (c.d. *crowdfunders*) che si avvalgono delle opportunità offerte dalla Rete.

Alla luce di ciò, il *crowdfunding* può essere descritto come un sistema di raccolta del capitale in Rete che vede un gruppo di individui, non sempre qualificabili come investitori professionali, impegnato nel prestare il proprio contributo monetario per la realizzazione di altrui progetti od iniziative<sup>8</sup>.

Un altro elemento decisivo si individua nel modo in cui avviene la raccolta del capitale. A tal proposito ampio merito deve addebitarsi alla rivoluzione del *web 2.0*, capace di ribaltare la concezione di Internet trasformandolo da ambiente in cui gli utenti si limitano a fruire dei contenuti ivi presenti ad ambiente in cui l’utente interagisce ed

---

<sup>7</sup> Si veda il sito Internet di Crowdfunding-Italia, all’indirizzo: <http://www.crowdfundingitalia.com>.

<sup>8</sup> Come rilevato in dottrina, “*Recently, creative founders have made use of a new source of finance – so-called crowdfunding – by tapping the crowd instead of specialized investors*”. Cfr. T. LAMBERT – A. SCHWIENBACHER, *An Empirical Analysis of Crowdfunding*, Louvain School of Management, 2010.

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

offre a sua volta contenuti<sup>9</sup>. Con riferimento al *crowdfunding*, la suddetta rivoluzione ha consentito la nascita di piattaforme (o *platforms*) impegnate nell'incontro tra la domanda (si legga: l'aiuto finanziario richiesto da un certo soggetto per la realizzazione di un determinato progetto) e l'offerta (si legga: il contributo che la "folla" è disposta a versare)<sup>10</sup>.

Più specificamente, l'autore/iniziatore potrà pubblicare il suo progetto sul sito *web* della piattaforma, unitamente all'indicazione del *plafond* da raggiungere, dell'ammontare necessario per la sua realizzazione, del termine di durata entro il quale dovranno pervenire le offerte, nonché degli eventuali compensi che verranno corrisposti ai finanziatori/investitori. Tali compensi possono – ma non necessariamente devono – essere pecuniari. Infatti, in alcuni casi, i *crowd founders* potrebbero non avere interesse a ricevere un compenso di quel tipo (poiché, per esempio, il progetto finanziato riveste un carattere esclusivamente sociale).

Una volta pubblicato, gli utenti interessati al progetto potranno decidere se e in quale misura offrire il loro contributo e così ottenere un compenso proporzionale alla

---

<sup>9</sup> K. LAWTON – D. MAROM, *The Crowdfunding Revolution: Social Networking Meets Venture Financing*, Amazon Digital Services, 2010; T. O'REILLY – J. MUSSER, *Web 2.0 Principles and Best Practices*, New York, O'Reilly Press, 2007; E. SCOTTI – R. SICA, *Community management: Processi informali, social networking e tecnologie Web 2.0 per coltivare la conoscenza nelle organizzazioni*, Milano, Apogeo, 2010.

<sup>10</sup> A questo proposito, la pubblicizzazione dei progetti è incrementata attraverso il ricorso ai *social network* (p. es., Twitter, Facebook, Pinterest e LinkedIn). Sul punto, cfr. K. LAWTON – D. MAROM, *op. cit.*, *passim*; T. LAMBERT – A. SCHWIENBACHER, *op. cit.*, p. 3. Un esempio delle logiche cui si ispirano i *crowd funders* è offerto dal Manifesto Kapitalista, documento programmatico redatto dalla piattaforma Kapital, in cui si afferma quanto segue: “1) *I tuoi amici sono il tuo capitale*: gli amici e i contatti del tuo *social network* possono aiutarti a raccogliere un capitale; 2) *I tuoi amici realizzano i tuoi sogni*: ogni tuo contatto può dare un contributo, anche piccolo. Insieme, gli amici ti aiuteranno a realizzare i tuoi piccoli e grandi desideri, progetti, sogni; 3) *Il tuo capitale dipende dal numero di amici*: tanti contributi possono costruire un grande capitale. Più contatti hai, più probabilità ci sono di raggiungere la cifra di cui hai bisogno; 4) *Il tuo capitale dipende della fiducia*: i contributi non arrivano automaticamente. Anche se contatti molte persone, dovrai prima guadagnare la loro fiducia, specialmente se non le conosci personalmente; 5) *Il tuo capitale aumenta col passaparola*: i tuoi amici possono aiutarti inviando un contributo in denaro, ma anche passando parola. Questo farà crescere il tuo *social network* e aumenterà le probabilità di raggiungere il tuo obiettivo”. Si consiglia la consultazione del sito Internet di Kapital al seguente indirizzo: <http://www.kapital.com/manifesto#it>.

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

cifra prestata<sup>11</sup>. Per esempio, nel caso di un progetto musicale, i *crowd funders* possono ottenere un certo numero di copie del disco che hanno contribuito a realizzare; oppure, per le opere cinematografiche, possono essere autorizzati ad accedere al set nel corso delle riprese<sup>12</sup>.

In entrambi i casi, così come in tutti quelli in cui il finanziamento viene elargito in vista ed al fine di raggiungere un certo *plafond*, si parlerà di “*ex ante crowdfunding*”; al contrario, nell’ipotesi in cui il finanziamento viene concesso a fronte di un prodotto già realizzato, si userà l’espressione “*ex post facto crowdfunding*”<sup>13</sup>. Con riferimento al modello “*ex ante*”, si può ancora distinguere tra “*pure patronage*” e “*patronage-plus ex ante crowdfunding*”. Nel primo caso, richiamandosi a fini esplicativi all’esempio di cui sopra avente ad oggetto i progetti musicali, la ricompensa garantita ai finanziatori potrà consistere nell’omaggio di un certo numero di copie del disco. Nel secondo caso, in aggiunta all’omaggio, i finanziatori vedranno riconoscersi una vera e propria partecipazione agli utili realizzati dalla vendita dell’opera<sup>14</sup>.

In entrambi i casi, il guadagno per la piattaforma è rappresentato dalla trattenuta di una percentuale su ogni finanziamento erogato o sul totale finanziato.

Per quanto concerne gli ambiti applicativi, le piattaforme di *crowdfunding* abbracciano qualunque settore della conoscenza: dalla tecnologia all’arte, dall’intrattenimento al sociale. Non solo: nessuna importanza giocano le qualità possedute dall’iniziatore così come quelle rivestite dai potenziali finanziatori<sup>15</sup>.

Ecco allora che il *crowdfunding* viene utilizzato da musicisti, registi, produttori discografici e cinematografici bisognosi dell’aiuto dei loro *fans* per incidere un disco o girare un film; brillanti amministratori e funzionari pubblici alla ricerca dei fondi necessari alla realizzazione di progetti urbanistici in materia di viabilità, trasporti pubblici ed inquinamento; promettenti e motivati giornalisti intenzionati a fondare un nuovo giornale o semplicemente una rivista di approfondimento; case farmaceutiche e

---

<sup>11</sup> Fatti salvi i cenni di cui sopra sulla possibilità che i *crowd funders* non siano interessati a ricevere un compenso pecuniario. Sul punto, si rimanda al sito Internet di Crowdfunding–Italia, all’indirizzo: <http://www.crowdfundingitalia.com>.

<sup>12</sup> KAPPEL, *op. cit.*, p. 376.

<sup>13</sup> Un esempio di “*ex post facto crowdfunding*” è rappresentato dall’album musicale “Rainbows” inciso dai Radiohead (cfr. *ivi*, p. 377).

<sup>14</sup> Cfr. *ibid.* Inoltre, il modello “*patronage-plus*” è più sostenibile dal punto di vista economico giacché vede i *fans* entusiasti di avere contribuito al successo della *band* o degli artisti da loro preferiti. Sul punto, cfr. J. TOZZI, *Scoring Money from an Online Crowd*, in *Business Week*, 10 settembre 2007, disponibile in formato ipertestuale all’indirizzo: [http://www.businessweek.com/smallbiz/content/sep2007/sb20070910\\_540342.htm](http://www.businessweek.com/smallbiz/content/sep2007/sb20070910_540342.htm).

<sup>15</sup> LAWTON – MAROM, *op. cit.*, p. 37 ss.

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

laboratori interessati allo sviluppo di progetti di ricerca tanto ambiziosi quanto economicamente onerosi; ONG impegnate nella raccolta di fondi per la costruzione di infrastrutture nei Paesi in via di sviluppo; candidati alla Presidenza degli Stati Uniti per il finanziamento della propria campagna elettorale<sup>16</sup>.

### 3. Le origini del *crowdfunding*

Preliminare ad ogni ulteriore analisi del fenomeno è un'esposizione delle sue origini, le quali, a prescindere dalle odierne declinazioni, si rinvencono nel *crowdsourcing*<sup>17</sup>.

Quest'ultimo affida la risoluzione di un determinato problema a un gruppo non definito di persone (*crowd*), le quali, riunite in comunità *online*, suggeriscono soluzioni ed accorgimenti (c.d. *problem solving*). Sotto il profilo delle caratteristiche e delle qualifiche soggettive del *crowd* non vi sono limitazioni: potrà trattarsi di volontari che si adoperano nel tempo libero, così come di professionisti esperti delle problematiche in esame ovvero di imprese commerciali<sup>18</sup>.

L'attendibilità e la percorribilità delle soluzioni proposte dai singoli verrà poi vagliata dall'intero gruppo così da individuare quelle più adatte al caso concreto. A fronte del contributo prestato (ed a condizione che esso si rilevi determinante per la risoluzione del problema), gli utenti potranno essere ricompensati con denaro, premi,

---

<sup>16</sup> È noto il caso di Barack Obama, che, nel 2008, in qualità di candidato alla Presidenza degli Stati Uniti riuscì ad ottenere dal *crowd* \$750.000.000, cioè una cifra tre volte superiore a quanto fosse nella disponibilità del concorrente repubblicano John Mc Cain. Sul punto, si veda l'articolo di stampa di BRADLEY, *Final Fundraising Figure: Obama's \$750M*, in ABC News, 5 dicembre 2008, altresì disponibile in formato ipertestuale all'indirizzo: <http://abcnews.go.com/Politics/Vote2008/Story?id=6397572&page=1>. In dottrina, sul caso riferisce T. KAPPEL, *op. cit.*, p. 375.

<sup>17</sup> *Crowdsourcing* è un neologismo – nato dall'avvicinamento del termine *crowd* (folla) con *outsourcing* (cioè, l'esternalizzazione di una parte delle proprie attività) – impiegato per la prima volta da Howe. Secondo l'Autore, la potenzialità del *crowdsourcing* risiede nel fatto che – trattandosi di una richiesta aperta ad una folla indistinta di utenti – consente di reperire con maggiore facilità i soggetti adatti a svolgere determinate attività, a risolvere problemi di una certa complessità nonché ad apportare nuove idee (cfr. HOWE, *The Rise of Crowdsourcing*, in Wired, 2006, p. 176 ss.). Altra parte della dottrina fa rilevare che nonostante il termine “*crowdsourcing*” sia stato coniato di recente, i suoi meccanismi hanno origini lontane. In particolare, la prima compilazione dell'Oxford English Dictionary venne realizzata attraverso un invito aperto a tutti i lettori e destinata a ricevere le loro recensioni (c.d. “*quotation slips*”). Sul punto, cfr. FELSTINER, *Working the Crowd: Employment and Labour Law in the Crowdsourcing Industry*, in Berkeley Journal of Employment and Labor Law, Vol. 32, No. 1, 2011; WINCHESTER, *The Meaning of Everything: The Story of the Oxford English Dictionary*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

<sup>18</sup> HOWE, *op. cit.*, *passim*.

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

riconoscimenti o la mera soddisfazione intellettuale<sup>19</sup>.

Alla luce di tali caratteristiche, il *crowdsourcing* può essere definito come “una tipologia di attività online partecipativa nella quale una persona, istituzione, organizzazione non a scopo di lucro o azienda propone ad un gruppo di individui, mediante un annuncio aperto e flessibile, la realizzazione libera e volontaria di un compito specifico. La realizzazione di tale compito, di complessità e modularità variabile, e nella quale il gruppo di riferimento deve partecipare apportando lavoro, denaro, conoscenze e/o esperienza, implica sempre un beneficio per ambe le parti. L’utente otterrà, in cambio della sua partecipazione, il soddisfacimento di una concreta necessità, economica, di riconoscimento sociale, di autostima, o di sviluppo di capacità personali; il crowdsourcer d’altro canto, otterrà e utilizzerà a proprio beneficio il contributo offerto dall’utente, la cui forma dipenderà dal tipo di attività realizzata”<sup>20</sup>.

Considerata l’ampiezza di tale definizione, è intuitiva la molteplicità di usi cui si presta il fenomeno<sup>21</sup>. Meritevole di nota – se non altro per la recente diffusione, nonché la vicinanza rispetto ad alcune esperienze di *crowdfunding* che si andranno successivamente ad esaminare – è quello che vede gli utenti impegnati nello

---

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> ESTELLÉS AROLAS – GONZÁLEZ LADRÓN-DE-GUEVARA, *Towards an Integrated Crowdsourcing Definition*, in *Journal of Information Science*, Vol. 38, No. 2, 2012, p. 189 e ss. Diverse sono state le definizioni di “*crowdsourcing*” proposte in dottrina. Si ricordano, *ex multis*, quelle di van Ess, nella parte in cui scrive “*crowdsourcing is channelling the experts’ desire to solve a problem and then freely share the answer with everyone*”, e quella di Howe quando afferma che: “*I interpret crowdsourcing to be taking place any time a company makes a choice to employ the crowd to perform labor that could alternatively be performed by an assigned group of employees or contractors, even if the company is just now putting up a shingle. In other words, crowdsourcing need not require an active shift from current employees (or again, contractors) to the crowd; it can start with the crowd*”. Cfr. VAN ESS, *Harvesting Knowledge. Success Criteria and Strategies for Crowdsourcing*, 2010, disponibile in formato ipertestuale all’indirizzo: <http://www.slide share.net/searchbistro/harvesting-knowledge-how-to-crowdsource-in-2010>; HOWE, *op. cit.*

<sup>21</sup> A titolo esemplificativo, si pensi all’uso fattone dalla compagnia statunitense BlueServo. Quest’ultima – avvalendosi di 200 telecamere installate dallo Stato del Texas in prossimità del confine con il Messico per prevenire l’immigrazione clandestina – ha elaborato un sistema di sorveglianza virtuale (c.d. *Virtual Community Watch*) in cui è richiesto ai *crowdsourcers* il monitoraggio della frontiera e la segnalazione di eventuali tentativi di ingresso non autorizzato nel territorio statunitense. Sul caso, riferiscono FELSTINER, *op. cit.*, p. 4; GRISSOM, *Virtual Border Surveillance Program Ineffective, Cost Millions*, in *El Paso Times*, 26 gennaio 2009; PRENTICE, *Amchair Deputies Enlisted to Patrol US-Mexico Border*, in *BBC News*, 26 dicembre 2009.

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

svolgimento di incarichi intellettuali (c.d. *cognitive piecework*)<sup>22</sup>.

Più specificamente, questa forma di *crowdsourcing* vede interazione di tre distinte figure: un fornitore (*vendor*), un datore di lavoro (*requester*) e un gruppo di lavoratori (*crowd of workers* o *providers*). Il fornitore realizza una piattaforma sulla quale il datore di lavoro esternalizza alcuni incarichi che verranno svolti per suo conto. Il lavoratore potrà accettarli, così obbligandosi alla loro esecuzione oppure ignorarli, lasciando che tale possibilità venga sfruttata da altri. I rapporti tra i suddetti soggetti vengono regolati sulla base di accordi non negoziabili predisposti dal fornitore e sottoscritti da *requesters* e *providers* al momento del primo accesso alla piattaforma. Eventuali dispute vengono risolte ricorrendo all'arbitrato<sup>(23)</sup>.

Con un numero di *providers* pari a circa 200.000 unità, la piattaforma che oggi costituisce l'archetipo della suddetta forma di *crowdsourcing* è Amazon's Mechanical Turk Platform (AMT). I datori di lavoro che ne fruiscono richiedono lo svolgimento di *Human Intelligence Tasks* (HITs), in prevalenza attività di traduzione dei testi, doppiaggio dei film, adattamento dei c.d. *format* al particolare gusto di un certo mercato televisivo, per arrivare all'assegnazione incarichi che richiedono una qualificata conoscenza del funzionamento dei mercati finanziari<sup>(24)</sup>.

#### 4. (Segue): i modelli

Volendo procedere alla classificazione di un fenomeno così eterogeneo e complesso, possono, in estrema sintesi, individuarsi tre diversi modelli di *crowdfunding*: *reward-based*, *equity-based* e *microfinance*.

Le piattaforme che si ispirano al *reward-based crowdfunding* (o “*crowdfunding* basato su ricompense”), oltre ad essere le più note e popolari<sup>25</sup>, costituiscono l'archetipo del *crowdfunding*, nonché il modello oggi più diffuso<sup>26</sup>. Esse operano sulla base di

---

<sup>22</sup> Sul punto, cfr. FELSTINER, *op. cit.*, p. 4. L'espressione *cognitive piecework* è stata per la prima volta utilizzata da IRANI, *Tweaking Technocapitalism: Turkothon*, 30 gennaio 2009, disponibile in formato ipertestuale all'indirizzo: <http://www.differenceengines.com/?p=146>.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Non a caso se n'è fatto cenno *supra* al par. 2 con riferimento al finanziamento delle opere cinematografiche e musicali.

<sup>26</sup> La ragione per cui il “*reward-based crowdfunding*” rappresenta il modello oggi più diffuso deve rinvenirsi nelle contingenze storico-giuridiche che hanno accompagnato il *crowdfunding* nelle sue prime fasi di sviluppo. In particolare, fino al 5 aprile 2012, data in cui il Presidente degli Stati Uniti ha approvato il *Jumpstart Our Business Startups (JOBS) Act*, la legislazione statunitense (*Securities Act* del 1933) impediva il ricorso all’“*equity-based crowdfunding*”, cioè quel modello (di cui a breve si darà contezza) basato sulla vendita di azioni o altri titoli attraverso piattaforme *online*. In argomento, cfr. BURKETT, *A Crowdfunding Exemption? Online Investment Crowdfunding and US Securities Regulation*, in *Transactions: The Tennessee*

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

una sorta di investimento “ripagato” da una ricompensa (c.d. *patronage perk*)<sup>27</sup>: per esempio, investendo denaro in un progetto teso a lanciare una certa invenzione sul mercato si potrà ricevere un prototipo di quello stesso prodotto, ma con un valore aggiunto (si pensi ad un’edizione speciale); nel caso delle opere cinematografiche e musicali, si potrà ottenere una copia dell’album o l’accesso al set delle riprese del film<sup>28</sup>.

Nell’ambito del *reward-based crowdfunding* si conoscono poi due ulteriori varianti: da un lato, l’“*all or nothing*”, in cui il denaro raccolto viene destinato al finanziamento del progetto solo se si raggiunge il *plafond* prefissato; dall’altro, il “*keep it all*”, dove tutte le offerte vengono trattenute dalla piattaforma e trasferite all’iniziatore indipendentemente dal raggiungimento del *plafond*<sup>29</sup>.

L’*equity-based crowdfunding* (o “*crowdfunding* basato su azioni finanziarie”), consiste nella formazione del capitale attraverso l’offerta di partecipazioni in una società<sup>30</sup>. In tal modo, ogni investitore, nella prospettiva di una remunerazione del proprio investimento attraverso la divisione degli utili, acquista una o più quote

---

Journal of Business Law, Vol. 13, 2011; POPE, *Crowdfunding Microstartups: It’s Time for the Securities and Exchange Commission to Approve a Small Offering Exemption*, in University of Pennsylvania Journal of Business Law, Vol. 13, No. 4, 2011.

<sup>27</sup> Cfr. KAPPEL, *op. cit.*, p. 376.

<sup>28</sup> I vantaggi derivanti dall’utilizzo di questo sistema di raccolta del capitale sono intuitivi; in primo luogo, il soggetto promotore – a differenza di quanto avviene per il prestito bancario – non è tenuto a offrire al *crowd* alcuna garanzia reale o patrimoniale in vista del finanziamento. Infatti, l’erogazione del credito da parte del *crowd* non avviene alla luce delle garanzie più o meno solide che l’iniziatore del progetto può vantare, ma dalla realizzabilità e dalla probabilità di successo che la sua idea potrà avere sul mercato. A tal proposito, si può ritenere che ogni *founder* riceva dagli altri co-finanziatori un sorta di *feedback* implicito circa la realizzabilità e le probabilità di successo del suo progetto: dietro un scarso consenso (che, naturalmente, si esprime in valuta corrente) potrebbero infatti annidarsi scarse possibilità di successo. Inoltre, egli non dovrà restituire ai suoi finanziatori né il capitale prestato né i relativi interessi; infatti, come illustrato nel testo, la “fiducia monetaria” riposta dagli investitori nel progetto verrà ripagata in altro modo, solitamente nelle forme di una ricompensa. La più ampia ed affermata piattaforma che adotta il modello “*reward-based*” è la statunitense Kickstarter (si consiglia la consultazione del sito Internet all’indirizzo: <http://www.kickstarter.com/>). Sull’esempio di Kickstarter sono andate recentemente affermandosi anche altre piattaforme di notevole successo. A titolo esemplificativo, si ricorda la brasiliana Catarse, che sebbene sia stata fondata da poco più di due anni fa, ha già ricevuto moltissime recensioni da parte dei media (si consiglia la consultazione del sito Internet all’indirizzo: <http://catarse.me/pt>).

<sup>29</sup> Si veda il sito Internet di Crowdfunding-Italia, all’indirizzo: <http://www.crowdfundingitalia.com>.

<sup>30</sup> Generalmente si tratta di *startup*.

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

sociali<sup>31</sup>.

Infine, con riferimento alle piattaforme di *crowdfunding* che sposano gli ideali promossi dalla “microfinanza”<sup>32</sup>, esse intendono offrire, grazie all’intervento della “folla”, un aiuto finanziario agli imprenditori (soprattutto del Terzo Mondo) che tradizionalmente non hanno accesso ai prestiti bancari perché non solvibili (c.d. *unbanked*)<sup>33</sup>. A dispetto dello scopo mutualistico, che potrebbe erroneamente indurre a pensare che queste piattaforme assumano un carattere marginale od eventuale, la loro diffusione sul *web* raggiunge livelli considerevoli ed è in grado di mobilitare ingenti capitali<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Nel panorama dell’Europa Continentale e nel Regno Unito si conoscono diverse trionfali esperienze di “*equity-based crowdfunding*”. A titolo esemplificativo, si ricorda quella del birrifico scozzese Brewdog, la prima compagnia europea a effettuare un’offerta pubblica *online* andando a sfruttare il capitale relazionale costituito dalla propria fedele clientela, costruita ed incrementata anche attraverso i c.d. *social media*. Brewdog ha lanciato la sua prima offerta di azioni nel 2009, riuscendo a raccogliere £750.000 in 5 mesi. Nel luglio 2011, sull’onda di quel successo, è stata lanciata una seconda offerta che ha raccolto £500.000 in 2 giorni e oltre £1 milione in 4 settimane. Inoltre, si segnala l’esperienza di Trampoline, società inglese impegnata nella commercializzazione di prodotti Hi-Tech, che utilizza l’“*equity-based crowdfunding*” quale fonte primaria di approvvigionamento del capitale: <http://crowdfunding.trampolinesystems.com/>. In argomento, cfr. CASTRATARO, *Equity-based Crowdfunding*, in Web Target, 20 marzo 2012, altresì disponibile in formato ipertestuale all’indirizzo: <http://www.web-target.com/case-studies/775-equity-based-crowdfunding?format=pdf>.

<sup>32</sup> Con il termine “microfinanza” si fa riferimento a quei prodotti e servizi finanziari offerti da istituti bancari specializzati alla clientela non solvibile. Più specificamente, la microfinanza si rivolge ai soggetti che non riescono ad ottenere credito e altri servizi finanziari dalle istituzioni finanziarie tradizionali perché reputati non solvibili e/o perché i costi legati all’offerta di tali servizi sarebbe eccessiva, rendendo l’operazione non conveniente dal punto di vista economico. Il principale servizio offerto da questi istituti – spesso denominati “Banche dei poveri” o “Banche etiche” – è costituito dal “microcredito”, ovvero la concessione di prestiti di modesto importo a piccoli imprenditori che ne abbisognano per avviare una nuova attività o migliorare una già avviata. In argomento, cfr. ANDREONI – PELIGGRA, *Microfinanza: dare credito alle relazioni*, Bologna; Il Mulino, 2009.

<sup>33</sup> In argomento, cfr. VAN DAMME, *Peer to Peer Microfinance: The Case of Zidisha.org*, Louvain School of Management, 2011.

<sup>34</sup> Una tra le più attive piattaforme di *crowdfunding* che sposa gli ideali della microfinanza è Zidisha.org. Si consiglia la consultazione del sito Internet della piattaforma all’indirizzo: <https://www.zidisha.org/>. Un’altra piattaforma impegnata nel finanziamento degli imprenditori dei Paesi in via di sviluppo (PVS) è Kiva. Fondata nel 2005, essa fino ad oggi ha raccolto quasi \$100 milioni destinati a piccoli imprenditori dei PVS. Si consiglia la consultazione del sito Internet della piattaforma all’indirizzo: <https://www.kiva.org/>.

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

A prescindere dalle classificazioni qui proposte, ciò che più rileva per l'investitore è la partecipazione ad un progetto condiviso verso cui nutre apprezzamento. Egli, infatti, solo in ipotesi residuali è mosso per intero dalla prospettiva di un ricavo monetario, il più delle volte compiacendosi di una piccola ricompensa<sup>35</sup>.

### 5. Il finanziamento dei progetti musicali

Dopo aver definito il *crowdfunding* nelle sue caratteristiche generali ed averne esaminato i principali modelli, è necessario presentare il funzionamento di alcune piattaforme.

Questo paragrafo sarà dedicato al mondo della musica, concentrandosi sulle più note piattaforme del settore, ovvero Slicethepie, Sellaband e Bandstocks; queste, sebbene si ispirino comunemente ad un modello *ex ante*, adottano, dal punto di vista operativo, sistemi diversi per la raccolta del capitale.

**5.1.** Slicethepie si basa sul c.d. *betting model* e promuove la raccolta del capitale in due momenti distinti<sup>36</sup>: un primo in cui l'artista, come in una vetrina o *showcase*<sup>37</sup>, presenta il suo progetto e compete con altri per assicurarsi il finanziamento<sup>38</sup>; un

---

<sup>35</sup> È anche questa una valida ragione per ritenere che il *crowdfunding* non sia un fenomeno passeggero, bensì una realtà in forte espansione e sicura evoluzione. Alcuni Autori ritengono che gli individui possono decidere di finanziare progetti – soprattutto quelli che permettono la fomitura dei c.d. beni pubblici (su cui, cfr. *infra*, par. 8, nota 82) – per motivi legati alla reputazione sociale e, in generale, ad un “*prosocial behavior*”. Cfr. BÉNABOU – TIROLE, *Incentives and Prosocial Behavior*, in *American Economic Review*, Vol. 96, No. 5, 2006.

Da un punto di vista economico, si ritiene che il *crowdfunding* continuerà a prosperare grazie alla capacità di sfruttare la c.d. coda lunga o *long tail* (cfr. CASTRATARO, *op. cit.*). Tale espressione è utilizzata per indicare un modello economico e commerciale in cui un servizio o un pacchetto di servizi trae vantaggio dall'utilizzazione sporadica di una miriade di utenti. Si tratta di una strategia molto proficua poiché, grazie soprattutto ai media digitali che consentono un'elevatissima diffusione dei prodotti e/o servizi, nella coda circolerà maggior denaro rispetto alla testa; in altri termini, i prodotti di nicchia offriranno maggiori possibilità di profitto rispetto a quelli di largo consumo. Sul concetto di “coda lunga”, cfr. ANDERSON, *The Long Tail*, in *Wired Magazine*, 2006; ID., *The Long Tail: Why the Future of Business is Selling Less of More*, New York, Hyperion Books, 2006.

<sup>36</sup> Cfr. KAPPEL, *op. cit.*, p. 378.

<sup>37</sup> Preliminare a questo passaggio, è il processo di selezione dell'artista o degli artisti che la piattaforma decide di pubblicizzare sul proprio sito. Tale processo si affida alla “saggezza delle moltitudini” (o *wisdom of the crowd*) e può avvenire da parte di qualunque utente delle Rete che abbia sottoscritto le condizioni previste dalla piattaforma e, presumibilmente, sia appassionato di musica. Egli sarà chiamato ad agire in qualità di *reviewer* sul materiale musicale inviatogli dalla piattaforma. Il suo *feedback*, unitamente a quello di altre migliaia di *reviewer*, verrà poi raccolto dalla piattaforma e destinato alla stesura di una graduatoria. Gli artisti che ricevono il numero più elevato di recensioni positive accedono al “*showcase process*”.

<sup>38</sup> Offrendo una ricompensa secondo le logiche del modello “*pure patronage*”.

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

secondo in cui viene predisposto un sistema di scambio (o *exchange system*) volto ad offrire ai *fans* la possibilità di comprare o vendere all'interno della comunità *online* dei “*Contracts*”<sup>39</sup>.

Più specificamente, per ogni album musicale finanziato grazie al *showcase process* vengono emessi 15.000 “*Contracts*”. Una volta iniziate le registrazioni del disco, ogni *fan*, indipendentemente dalla previa partecipazione al *showcase process*, può acquistare uno o più *contract* al prezzo di base £1.50. Per coloro che avevano partecipato al *showcase process* è prevista una ricompensa consistente nel rilascio di un *contract* per ogni *pound* investito<sup>40</sup>.

Decorsi due anni dalla loro emissione, i “*Contracts*” vengono richiamati dalla piattaforma ed ogni detentore percepirà £1 ogni 10.000 album venduti. Pertanto, volendo ricorrere all'ausilio di un esempio, se un *fan* ha acquistato un *contract* al prezzo iniziale di £1.50 e l'album ha venduto 15.000 copie, al momento del ritiro dei “*Contracts*” egli non avrà né guadagnato né perduto denaro per effetto del suo investimento. Se l'album ha venduto più di 15.000 copie, avrà ottenuto un guadagno. Al contrario, se le copie vendute non hanno raggiunto l'anzidetta cifra, il suo investimento dovrà considerarsi in perdita<sup>41</sup>. Si tratta quindi di una scommessa (*bet*) sulle possibilità di successo dell'investimento.

Per quanto concerne i ritorni ottenuti dalla piattaforma a fronte dell'amministrazione di questo sistema, essa si riserva il diritto esclusivo alla distribuzione dell'album per due anni, così come una *royalty* pari a £2.50 per ogni album venduto. La restante parte del ricavato viene invece destinato all'artista, che rimane titolare di tutti gli altri diritti sull'opera. Infine, nell'ipotesi in cui una casa discografica intenda acquistare da Slicethepie il diritto alla distribuzione dell'opera, dovrà essere pagato ai detentori dei “*Contracts*” un premio pari al 50% sul prezzo di acquisto<sup>42</sup>.

**5.2.** Proseguendo nell'analisi delle piattaforme musicali, rimarchevole è l'esperienza di SellaBand<sup>43</sup>, basata sul c.d. *investing model*<sup>44</sup>.

Durante la fase di raccolta del capitale, tutto il denaro destinato dai *crowd funders* alla realizzazione di un determinato progetto viene depositato su un *escrow*

---

<sup>39</sup> Si precisi, che non si tratta di “contratti” nel senso civilistico del termine ma piuttosto di titoli che danno diritto a partecipare al ricavato dalla vendita dell'opera.

<sup>40</sup> Si consulti il sito Internet della piattaforma all'indirizzo: <http://www.slicethepie.com>.

<sup>41</sup> Cfr. KAPPEL, *op. cit.*, p. 378.

<sup>42</sup> Si consulti il sito Internet della piattaforma all'indirizzo: <http://www.slicethepie.com/Assets/Pdf/ArtistTerms.pdf>.

<sup>43</sup> Si consulti il sito Internet della piattaforma all'indirizzo: <http://www.sellaband.com>.

<sup>44</sup> Cfr. KAPPEL, *op. cit.*, p. 379.

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

*account*<sup>45</sup>, gestito da un terzo e regolato secondo il diritto tedesco<sup>46</sup>.

Raggiunto il *plafond*, previa l'acquisizione di un'esclusiva quinquennale allo sfruttamento dei diritti di registrazione dell'opera, la piattaforma finanzia l'artista. Durante tale periodo, l'artista e gli investitori dividono in parti eguali i proventi delle vendite dell'opera; quanto ricavato da usi commerciali diversi dalla vendita è invece suddiviso tra l'artista (50%), Sellaband (40%) e gli investitori (10%)<sup>47</sup>.

**5.3.** Parzialmente simile per organizzazione e funzionamento è la piattaforma Bandstocks<sup>48</sup>. Gli artisti sono qui chiamati a stabilire il *target amount* (compreso tra £25.000 – £100.000) che intendendo ottenere dalla vendita di “Bandstocks”, vale a dire titoli offerti ai *crowd funders* a fronte del loro finanziamento<sup>49</sup>.

A questo punto, il sistema elaborato dalla piattaforma s'intreccia con un meccanismo di *screening* operato dai *fans*, chiamati a votare il progetto che, tra quelli pubblicati sul sito della piattaforma, maggiormente incontra le loro preferenze. Naturalmente, il numero dei voti necessari a decretare il successo del progetto è proporzionale all'entità del *target amount* fissato dall'artista. Ricorrendo all'ausilio di un esempio, se l'artista ha stabilito come *target amount* la cifra di £50.000, la piattaforma emetterà 5.000 “Bandstocks” al prezzo di £10. Perché il progetto possa superare trionfalmente lo *screening* dei suoi *fans* (e così accedere all'*investment stage* vero e proprio), è necessario che vengano raggiunti 250.000 voti, vale a dire una cifra pari alla metà dei titoli emessi<sup>50</sup>.

A questo punto l'artista è chiamato a stipulare un accordo di registrazione con la piattaforma, in forza del quale si impegna ad incidere l'album musicale nel rispetto del *target amount*. La piattaforma, invece, emette un nuovo tipo di “Bandstocks” ed i *fans*, acquistandoli, diventano finanziatori dell'album<sup>51</sup>.

---

<sup>45</sup> L'*escrow* è un accordo scritto fra due soggetti in forza del quale somme di denaro o titoli di proprietà oggetto del contratto vengono depositate presso una terza parte a titolo di garanzia, e rilasciate poi all'avveramento di determinate condizioni espressamente stabilite dalle parti. In argomento, cfr. FABRIS, *Mandato di Escrow Agent*, in *Contratti*, Nn. 8 – 9, 2003, p. 858 ss.; LUCIANI, *Escrow*, in *Contratto e impresa*, Vol. 2, 2005, p. 801 ss.

<sup>46</sup> L'investitore può tornare sulla sua scelta, decidendo per il ritiro del denaro prima prestatato, fin tanto che non venga raggiunto il *plafond*. In quel momento, infatti, la raccolta del capitale termina ed il denaro depositato sull'*escrow account* trasferito dal soggetto terzo a Sellaband. Si veda il sito web della piattaforma all'indirizzo: [http://www.sellaband.com/site/faq\\_believer.html](http://www.sellaband.com/site/faq_believer.html).

<sup>47</sup> Si veda il sito Internet della piattaforma all'indirizzo: [http://www.sellaband.com/site/faq\\_artist.html](http://www.sellaband.com/site/faq_artist.html).

<sup>48</sup> Si consulti il sito Internet della piattaforma all'indirizzo: <http://www.bandstocks.com>.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> L'esempio è tratto da KAPPEL, *op. cit.*, p. 380.

<sup>51</sup> *Ibid.*

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

I proventi delle vendite dell'album, sia su supporto rigido sia in formato digitale, sono suddivisi tra la piattaforma (20%), l'artista (50%) e gli investitori (30%), che in aggiunta otterranno anche copie omaggio ed altre forme di *patronage perks*<sup>52</sup>.

### 6. Il finanziamento dell'industria cinematografica, *Creative Commons* e "tecnologia sociale"

Nell'industria cinematografica, il *crowdfunding* è andato progressivamente affermandosi in ragione delle forti difficoltà legate alla raccolta del denaro necessario alla produzione dei lungometraggi. In tal modo, chiunque può essere produttore di un film e apparire come tale nei *credits* riportati a fondo pellicola<sup>53</sup>.

Un altro importante cambiamento verificatosi nell'industria cinematografica consiste nella diffusione delle licenze Creative Commons (CC)<sup>54</sup>. La ragione è intuitiva:

---

<sup>52</sup> Bandstocks costituisce, per lo sfruttamento commerciale di uno specifico album, una società controllata (Albumco) che percepisce il suddetto 20%. Per 5 anni Albumco detiene unitamente all'artista la titolarità del *copyright* sull'opera (decorso tale periodo l'artista torna a esserne unico titolare). Inoltre, al momento della sottoscrivere del contratto, l'artista può stabilire l'area geografica entro cui vengono ceduti ad Albumco i diritti di sfruttamento. A tal proposito, sono previste tre opzioni (tutto il mondo, il mondo ad esclusione di U.S.A. e Canada, solo l'Europa), salva la possibilità di richiedere e concordare con Bandstock un'opzione diversa da quelle prestabilite. Tale possibilità è peculiare, giacché la maggior parte delle piattaforme di *crowdfunding* predispongono dei *Terms of Use* non negoziabili, che l'artista può soltanto accettare o rifiutare. Al contrario, Bandstock si dichiara disposta a considerare eventuali richieste difforni. Si consulti il sito Internet della piattaforma all'indirizzo: <http://www.bandstocks.com>.

<sup>53</sup> Infatti, "El crowdfunding permite que cualquier persona pueda convertirse en un micro-productor de cine y aparecer como tal en los títulos de crédito de la película" (cfr. RUIZ GUTIÉRREZ, *Crowdfunding y creative commons nuevos modelos de financiación y propiedad intelectual para la producción y distribución de proyectos audiovisuales*, in Cuadernos de Comunicación, No. 4, 2010, p. 44).

<sup>54</sup> Creative Commons (CC) è un'organizzazione senza scopo di lucro fondata nel 2001 dal Professor Lawrence Lessig. Registrata nello stato del Massachusetts, ma strettamente legata alla Università di Stanford (U.S.A.), nasce sull'onda delle denunce di Lessig, tra gli accademici più attivi nell'(in)formare consumatori e produttori circa i rischi cui è oggi esposta la nostra cultura. Più specificamente, a fronte di un'eccessiva estensione dello scopo e della durata del *copyright* dovuta alle pressioni lobbistiche dei grandi gruppi d'interesse, Lessig propone una soluzione di compromesso che sappia collocarsi tra due estremi: l'"anarchia" e il "controllo" (il riferimento è volutamente all'opera di LESSIG, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York, The Penguin Press, 2004, trad. it. (a cura di) Parrella, *Cultura libera: un equilibrio fra anarchia e controllo, contro l'estremismo della proprietà intellettuale*, Milano, Apogeo, 2005). Creative Commons muove dall'idea che gli strumenti oggi offerti dalla Rete consentano una maggiore diffusione della ricerca, dell'istruzione e della cultura in genere; tuttavia, la disciplina giuridica del *copyright*, essendo

# STUDI E OPINIONI

CROWDFUNGING

stata concepita e modellata in tempi lontani dall'avvento Internet, può ostacolare molte delle attività divenute di più facile realizzazione, vale a dire la modifica, la distribuzione ed il riutilizzo delle opere altrui (si veda la *homepage* del movimento all'indirizzo: <http://creativecommons.org/>). In questo scenario ed in ottemperanza agli ideali di accesso universale al sapere promossi dal movimento, è necessaria l'elaborazione di strutture e meccanismi giuridici che consentano di colmare il divario esistente tra la vetustà delle leggi sul *copyright* e l'avanguardismo di Internet. Questa è la missione di Creative Commons. Al tal fine, il movimento ha elaborato un set di licenze che consentono all'autore di mantenere alcuni diritti sulla propria opera, autorizzandone al contempo determinati usi, così da renderne il portato informativo compatibile con la capacità di condivisione e diffusione del sapere offerta da Internet. Ciò è reso possibile grazie all'impiego della formula "alcuni diritti riservati". Pertanto, quando un'opera viene licenziata con una Creative Commons Public License (CCPL) e contrassegnata con il marchio CC, l'autore riconosce ai potenziali fruitori dell'opera determinate libertà nella condivisione, modificazione e riutilizzazione della stessa. Si evince che lo scopo del movimento non è quello di sopprimere i diritti degli autori bensì quello di facilitare il pubblico nella fruizione del portato informativo delle opere; all'uopo, le licenze CC consentono di adottare un regime di protezione "flessibile" in cui, come detto, soltanto alcuni diritti rimangono riservati (LESSIG, *Cultura libera*, cit., p. 128 ss.). Ne risulta un immenso *digital common*, ovvero un *pool* di contenuti digitali liberamente copiabili, distribuibili e miscibili nel rispetto delle leggi sul *copyright*, di cui beneficiano non solo gli autori e gli utilizzatori, ma anche la società nel suo insieme. Le licenze CC, infatti, giovano sia agli autori che intendono rilasciare al pubblico i contenuti della propria opera (mantenendo però alcuni diritti sulla stessa) ed a coloro che invece ne vogliono fare un uso creativo, sia a tutti quanti possono trarre vantaggio da tale simbiosi, siano essi insegnanti, studenti, scienziati, scrittori, fotografi, registi, musicisti, grafici, *web managers*, etc. (cfr. PERUGINELLI, *Le licenze Creative Commons*, in *Dir. Internet*, Vol. 3, 2008, p. 309). Infine, le licenze sono utilizzabili liberamente e gratuitamente, senza alcuna necessità di prendere contatto i vertici del movimento per ottenere permessi o registrazioni.

La letteratura sul movimento *Creative Commons* e le licenze da esso elaborate è vasta. Cfr., *ex multis*, ALIPRANDI, *Copyleft & opencontent: l'altra faccia del copyright*, Piacenza, PrimaOra, 2005; ID. (a cura di), *Compendio di libertà informatica e cultura open*, Piacenza, PrimaOra, 2006; ID., *Teoria e pratica del copyleft. Guida all'uso delle licenze opencontent*, Rimini, Nda Press, 2006; ID., *Creative Commons: manuale operativo*, Roma, Stampa Alternativa, 2008; CARROLL, *Creative Commons and the New Intermediaries*, in *Michigan State Law Review*, Vol. 45, 2006; PALLAS LOREN, *Building a Reliable Semicommons of Creative Works: Enforcement of Creative Commons Licenses and Limited Abandonment of Copyright*, in *George Mason Law Review*, Vol. 14, 2007; ELKIN-KOREN, *Creative Commons: A Skeptical View of a Worthy Pursuit*, in HUGENHOLTZ – GUIBAULT, *The Future of the Public Domain: Identifying the Commons in Information Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2006; JORI, *Creative Commons: passato, presente e futuro dei beni comuni*, in *Cyberspazio e dir.*, Vol. 83, 2007; FABIANI, *Creative Commons. Un nuovo modello di licenza per l'utilizzazione delle opere in*

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 2/2013

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

i modelli di *business* tradizionalmente adottati dalla cinematografia rischiano di subire un forte pregiudizio per effetto delle nuove tecnologie<sup>55</sup>. La Rete infatti ha introdotto un modello di condivisione a costo zero in cui gli utenti, nell'assenza di qualunque ostacolo *de facto*, possono trasmettere a milioni di loro pari il contenuto di un film in uscita nelle sale cinematografiche<sup>56</sup>.

In tale contesto si colloca la ricerca, avviata da una parte del mondo cinematografico, di un nuovo modello di *business*, in grado di assicurare sia il sostentamento economico del cinema sia la possibilità del pubblico di condividere e riutilizzare il materiale prodotto<sup>57</sup>.

Il risultato consiste nell'adozione del *crowdfunding* come modello di finanziamento dell'opera e delle licenze CC come meccanismo di tutela dei diritti<sup>58</sup>. Oltretutto, la simbiosi tra *crowdfunding* e CC può rivelarsi benefica ai fini della promozione commerciale della pellicola: il pubblico, infatti, avvalendosi degli strumenti offerti della Rete, costituisce un efficace promotore e distributore dell'opera, consentendole di raggiungere luoghi non accessibili ai tradizionali canali di distribuzione<sup>59</sup>. Inoltre, le licenze CC possono agire come strumento di *marketing* per la

---

*Internet*, in Dir. autore, Vol. 157, 2006; TRAVOSTINO, *Alcuni recenti sviluppi in tema di licenze Creative Commons*, in *Cyberspazio e dir.*, Vol. 253, 2006.

<sup>55</sup> Prima dell'avvento di Internet, l'industria cinematografica sopravviveva grazie ai ricavi ottenuti dalla distribuzione della pellicola, il cui diritto esclusivo era trasferito dal produttore. In altri termini, nel modello tradizionale la fonte primaria di guadagno è rappresentata dalla titolarità del diritto alla distribuzione dell'opera. Esso – come segnalato dalla dottrina nella parte in cui rileva che “*por norma general no son los propios productores los que distribuyen las películas; esta tarea recae en compañías o personas especializadas, llamadas generalmente, distribuidoras. Los productores [...] deben ceder a los distribuidores los derechos necesarios para la comercialización de la obra, entre los que se incluirá obviamente el derecho de distribución*” – sebbene spetti al produttore viene ceduto alle aziende distributrici (cfr. *ibid*).

<sup>56</sup> *Ivi*, p. 43.

<sup>57</sup> *Ivi*, p. 45.

<sup>58</sup> Si riporta l'esempio del film spagnolo “El cosmonauta”, finanziato interamente grazie all'aiuto della folla e licenziato ricorrendo agli strumenti offerti da Creative Commons. La pellicola è stata prodotta da Riot Cinema Collective (cfr. VIALÁS FERNÁNDEZ, “*El Cosmonauta*”: *un modelo alternativo de producción y distribución cinematográfica*, 2010, disponibile in formato ipertestuale all'indirizzo: <http://www.gabinetecomunicacionyeducacion.com/files/adjuntos/El%20cosmonauta%20un%20modelo%20alternativo%20de%20producci%C3%B3n%20y%20distribuci%C3%B3n%20cinematogr%C3%A1fica.pdf>).

<sup>59</sup> Cfr. RUIZ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 44.

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

pubblicizzazione di giovani produttori e registi<sup>60</sup>.

Infine, il ricorso congiunto a tali pratiche suggella anche nella cinematografia l'importanza della "tecnologia sociale"<sup>61</sup>, vale a dire una tecnologia diretta alla creazione e preservazione dei "beni comuni intellettuali"<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Nei primi sei mesi di vita esso ha registrato l'adesione di più di 1 milione di artisti; in altri termini, almeno 1 milione di opere sono state contrassegnate col marchio CC (si veda LESSIG, *Cultura libera*, cit., p. 128, nella parte in cui rileva che gli autori che utilizzano le licenze CC non sono soltanto *bloggers*, musicisti e autori esordienti ma anche eminenti istituzioni come il MIT di Boston e il Ministero della Cultura brasiliano). Mentre possono intuirsi le ragioni per cui il movimento incontra il favore degli utilizzatori, oscuri rimangono i motivi gli autori decidono di ricorrere agli strumenti offerti da CC, ciò implicando la rinuncia ad alcuni dei diritti *ex lege* loro riconosciuti. A tal proposito, tre sono i principali motivi per cui gli autori possono ritenere preferibile licenziare la loro opera ricorrendo a CC. In primo luogo, CC può facilitare la diffusione dell'opera, così divenendo uno strumento di *marketing* in grado di massimizzare la notorietà del suo creatore. In questa prospettiva, si pensi per esempio ad uno scrittore al primo romanzo; egli potrà affidarsi ad una licenza CC per distribuire *online* a titolo gratuito il proprio libro ed al contempo metterlo in vendita in libreria. La casa editrice ha interesse a permettere la diffusione del libro gratuitamente *online* perché ciò può attrarre quella fetta di mercato che, non frequentando le librerie tradizionali, diversamente non avrebbe conoscenza del libro e del suo autore. Tra quelle persone, alcune si limiteranno a scaricare il libro e nulla più; altre lo scaricheranno, lo troveranno interessante e quindi si recheranno in libreria per acquistarlo. A tal proposito, l'esperienza dimostra che la diffusione gratuita *online* si riverbera positivamente sulle vendite in libreria (LESSIG, *Cultura libera*, cit., p. 128). In secondo luogo, le licenze CC possono rappresentare un utile *escamotage* per l'autore, volto ad aggirare i normali processi di intermediazione svolti dalle aziende pubblicitarie e discografiche, dalle emittenti radiofoniche e dai canali televisivi (cfr. GLORIOSO – MAZZIOTTI, *Alcune riflessioni sulle licenze creative commons e i diritti connessi degli artisti interpreti ed esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di diffusione radiotelevisiva*, in Dir. aut., Vol. 2, 2008, p. 135). Infine, molti autori scelgono CC perché ritengono che la vigente legislazione sul *copyright* ostacoli considerevolmente la diffusione della cultura. Essi, pertanto, preferiscono riservarsi soltanto alcuni diritti (in specie quelli morali) spogliandosi di tutti gli altri (o parte di quegli altri) (LESSIG, *Cultura libera*, cit., p. 128).

<sup>61</sup> Cfr. VERCELLI, *Reconsiderando las tecnologías sociale como bienes comunes*, in ÍCONOS Revista da Ciecias Sociales, No. 37, 2011, pagg. 55 – 64. Come segnalato da altra parte della dottrina: "Estamos ante un cambio en el que modelos como el del software libre proponen una ética y un nuevo concepto de empresa que es viable y que proporciona beneficios que van más allá de lo financiero" (cfr. VIALÁS FERNÁNDEZ, *op. cit.*).

<sup>62</sup> Con l'espressione "beni comuni intellettuali" (o *intellectual commons*), si intendono risorse conoscitive condivise che vengono gestite collettivamente dagli utenti e nascono dalla rinuncia volontaria dell'autore ad alcuni dei diritti riconosciutigli dalla legge su un bene immateriale (in argomento, cfr. HESS – OSTROM, *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to*

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

### 7. Crowdfunding, ricerca scientifica e software

7.1. Principiando l'analisi dal mondo della ricerca<sup>63</sup>, si segnala l'iniziativa *Open Genius*<sup>64</sup>. I suoi fondatori lamentano che la ricerca scientifica, strumento-guida per lo sviluppo economico, l'innovazione e il benessere sociale, abbia subito un forte rallentamento a causa della scarsità dei sussidi ricevuti; in ragione di ciò, essi propongono la pubblicazione di progetti di ricerca sul *web*, al fine di permetterne il finanziamento diretto da parte dei *crowd funders*<sup>65</sup>.

Per quanto concerne i profili operativi, il sistema predisposto dalla piattaforma si articola in tre fasi<sup>66</sup>: una prima, che consiste nell'archiviazione di tutti i progetti ricevuti su una banca dati *online*, unitamente ad una descrizione dei principali obiettivi, della durata prevista e del contributo richiesto; una seconda, che prevede la valutazione dei progetti attraverso un meccanismo anonimo di *peer review*, condotto da un comitato scientifico e volto all'assegnazione di un punteggio; una terza, che consta nella pubblicazione sulla piattaforma dei progetti archiviati nel *database*, accompagnati dall'indicazione del punteggio ottenuto durante la *peer review*. Gli investitori, siano essi privati cittadini o enti filantropici, potranno così tal modo essere guidati nella loro scelta; infatti, nelle intenzioni dei fondatori di *Open Genius*, il sistema di *peer review* così predisposto vuole rendere edotti gli investitori circa il contenuto del progetto, permettendogli di compiere una scelta consapevole. Infatti, l'investitore "comune" potrebbe non essere in grado, a differenza di un esperto, di comprendere le potenzialità di un certo progetto e dunque l'importanza legata al suo finanziamento. In questo modo, invece, avvalendosi del punteggio espresso dal comitato scientifico, i *crowd funders* potranno prestare il loro consenso in maniera informata. Tuttavia, ciò non pregiudica la possibilità del singolo investitore di finanziare un progetto ritenuto non valevole all'esito della *peer review*<sup>67</sup>. Si segnala che la piattaforma offre agli investitori la

---

*Practise*, Cambridge, The MIT Press, 2007, ed. it. (a cura di) Ferri, *La conoscenza come bene comune: dalla teoria alla pratica*, Milano, Mondadori, 2009).

<sup>63</sup> In argomento, cfr. GAGGIOLI – RIVA, *Working the Crowd*, in *Science*, Vol. 321, No. 5895, 2008, p. 1443; PAGANO, *There's an Art to Funding Science after the Cuts*, in *The Independent*, 10 ottobre 2010; SATTARY, *Microfinancing to Solve Academic Poverty?*, in *Chemistry World*, 9 agosto 2010; HOGUE, *Crowdsourcing for Science*, in *Chemical & Engineering News Archive*, Vol. 89, No. 27, 2011, p. 22 ss.

<sup>64</sup> Si consiglia la consultazione del sito Internet di *Open Genius* all'indirizzo: <http://www.opengenius.org>.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Il contenuto delle suddette tre fasi così come il loro funzionamento è illustrato sul sito Internet di *Open Genius* nella sezione intitolata "*How Open Genius Works*". Cfr. *ibid.*

<sup>67</sup> Si consiglia la consultazione del sito Internet di *Open Genius* all'indirizzo: <http://www.opengenius.org>.

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

possibilità di seguire i progressi del progetto attraverso un sito *web* periodicamente aggiornato, così che possa essere verificato l'avanzamento del progetto, la spesa sostenuta e gli obiettivi raggiunti in corso d'opera<sup>68</sup>.

Per quanto concerne la tutela dei diritti di proprietà intellettuale, il regolamento di adesione alla piattaforma prevede l'utilizzo delle licenze CC, così che il pubblico possa beneficiare dei risultati ottenuti dal finanziamento dei progetti e i ricercatori mantenere impregiudicati alcuni dei loro diritti (in specie quelli morali)<sup>69</sup>.

Un elemento di criticità con cui Open Genius quotidianamente si confronta (al pari di qualunque piattaforma di *crowdfunding*) consiste nella ricerca di stimoli motivazionali all'erogazione del credito. A tale riguardo, è stata adottata una soluzione diversa a seconda del carattere, *profit* ovvero *no-profit*, della ricerca<sup>70</sup>. Nel primo caso, si è deciso per l'adozione di un sistema di *revenue sharing* con cui l'investitore (oltretutto, naturalmente, il ricercatore finanziato) ottiene una quota dei ricavi derivanti dalla commercializzazione dei risultati della ricerca<sup>71</sup>; nel secondo, invece, la ricompensa offerta al finanziatore è costituita dal pubblico riconoscimento della sua partecipazione al finanziamento del progetto<sup>72</sup>.

I fondatori di Open Genius sottolineano come il *crowdfunding* sia in grado di avvicinare il grande pubblico ad un settore di fondamentale importanza per l'avanzamento culturale della nostra civiltà; inoltre, instaurando un rapporto diretto tra scienziato ed investitore, dà avvio ad un processo di “comune democratizzazione della scienza”<sup>73</sup>.

**7.2.** Analizzando l'interazione tra *crowdfunding* e *software*, si segnala l'iniziativa di CofundOS<sup>74</sup>, piattaforma votata al finanziamento di *software* non proprietari<sup>75</sup>.

---

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> La ricerca no-profit è promossa da ricercatori indipendenti, strutture sanitarie, ospedaliere e universitarie senza fini di lucro. Tra i suoi obiettivi figurano, *inter alia*, lo studio delle patologie trascurate dalla ricerca commerciale così come lo sviluppo di modelli di ricerca tendenzialmente poco praticati dall'industria. Cfr. POWELL (a cura di), *The Nonprofit Sector: A Research Handbook*, New Haven, Yale University Press, 1987; ANHEIER, *Nonprofit Organizations. Theory, management, policy*, London, Routledge, 2005.

<sup>71</sup> Si pensi, p. es., al finanziamento di un progetto condotto da una casa farmaceutica. Si consulti il sito Internet di Open Genius all'indirizzo: <http://www.opengenius.org>.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> Si consiglia la consultazione del sito Internet di CofundOS all'indirizzo: <http://cofundos.org/index.php>.

<sup>75</sup> Sul finire degli anni Settanta del secolo scorso, i produttori di *software* smisero di distribuire il “codice sorgente” dei programmi (cioè l'insieme delle istruzioni scritte in un linguaggio di

# STUDI E OPINIONI

CROWDFUNGING

programmazione, che, opportunamente elaborate, consentono di ottenere un programma eseguibile; in altri termini, rappresenta il punto di partenza del processo che porta all'esecuzione del programma) e cominciarono ad usare *copyright* e licenze per limitare e/o proibire la copia e la redistribuzione dei loro prodotti. Venne così consegnato agli acquirenti il solo "codice eseguibile" (o compilato), vale a dire quello che è sì necessario per attivare il *software* ma che non consente di risalire alle operazioni compiute dal programma. Ciò significa, prendendo ad esempio il pacchetto Microsoft Office, che l'utente finale può certamente usare il programma di videoscrittura Word, ma non "aprire il cofano" per vedere la logica interna o il "codice sorgente" su cui è costruito il programma eseguibile. Pertanto, si parla di *software* proprietario quando una persona fisica o giuridica mantiene sul programma tutti i diritti di proprietà intellettuale *ex lege* riconosciutigli (il cui uso nonché la modifica e la redistribuzione saranno proibite senza esplicito consenso del titolare), non consentendo all'utente finale di accedere al "codice sorgente" e installare il programma in forma eseguita su un numero *n* di apparecchi. Al contrario, nei *software* non proprietari, insieme al codice binario o eseguibile viene distribuito anche quello sorgente, così che l'utente finale possa eventualmente leggerlo, modificarlo o tradurlo in un linguaggio differente (cfr. SCHWEIK, *Il software gratuito/open source come modello per l'istituzione di beni comuni nella scienza*, in HESS – OSTROM, *Understanding Knowledge as a Commons*, cit., p. 300 ss.). Per chiarezza, è doveroso sottolineare che non sussiste alcuna antinomia tra *software* non proprietario e *software* commerciale ed è ipotizzabile lo sviluppo di un *software* non proprietario a fini commerciali. Infatti, a prescindere dal fatto che venga ottenuto a titolo gratuito od oneroso, un *software* libero rimane liberamente copiabile e modificabile dall'utente (sul punto, si richiamano le parole di STALLMAN, *Free Software, Free Society: Selected Essay of Richard M. Stallman*, Boston, GNU Press, 2010, p. 44, nella parte in cui scrive " 'free software' does not mean 'non-commercial'. A free program must be available for commercial use, commercial development and commercial distribution"). A questo proposito, si sottolinea la recente tendenza di alcune aziende (tra cui IBM e Hewlett-Packard) ad investire risorse umane e organizzative a sostegno dei *software Open-Source* (particolare tipologia di *software* non proprietari), ritenuti funzionali ad interessi strategici (in argomento, cfr. LERNER – TIROLE, *Some Simple Economics of Open Source*, in *Journal of Industrial Economics*, Vol. 52, 2002, p. 197 ss.; GOLDMAN – GABRIEL, *Innovation Happens Elsewhere: Open Source as a Business Strategy*, Amsterdam, Elsevier, 2005).

La letteratura sul *software* non proprietario e le sue diverse tipologie è vasta. Si veda, in aggiunta a quella testé richiamata, RAYMOND, *The Cathedral and the Bazaar*, Sebastopol, O'Reilly & Associates, 1999; STALLMAN, *The GNU Operating System and the Free Software Movement*, in DI BONA – OCKMAN – STONE (a cura di), *Open Sources: Voices from the Open Source Revolution*, Sebastopol, O'Reilly & Associates, 1999; JHONSON, *Economics of Open Source Software*, in *Journal of Economics and Management Strategy*, Vol. 11, No. 4, 2002;; SHARMA – SUGUMARAN – RAJGOPALAN, *A Framework for Creating Hybrid-Open Source Software Communities*, in *Information System Journal*, Vol. 12, No. 1, 2002; FELLER – FITZGERALD, *Understanding Open Source Software Development*, London, Addison-Wesley, 2002; LAKHANI – WOLF – BATES – DI BONA, *The Boston Consulting Group Hacker Survey*, 2002, disponibile in formato ipertestuale all'indirizzo: [IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 2/2013](http://www.osdn.com/bcg/bcg-</a></p></div><div data-bbox=)

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

La prima fase della raccolta del capitale è costituita dalla una richiesta proveniente da un membro della comunità *online* (che si riunisce sulla piattaforma), avente ad oggetto lo sviluppo di un certo programma ovvero l'aggiornamento di uno esistente<sup>76</sup>. Gli altri membri della comunità possono esprimere il loro *feedback*, eventualmente aggiungendo alla richiesta originaria specifici requisiti. Ciascuno di essi, inoltre, reputandosi in grado di tradurre in *software* la richiesta così elaborata dalla comunità, può candidarsi per tale compito, facendo altresì indicazione del lasso temporale di cui necessita<sup>77</sup>. Ogni membro, invece, indica l'ammontare che intende stanziare<sup>(78)</sup>.

Giunti a questa fase interviene un *cooling-off period* di tre settimane, volto a ricevere altre eventuali candidature. Qualora ciò accada, i membri della comunità devono esprimersi sul soggetto cui affidare l'elaborazione *del software*<sup>79</sup>. In difetto, il primo candidato potrà iniziare a lavorare sulla richiesta della comunità.

Terminata l'elaborazione del *software*, i membri della comunità sono chiamati ad esprimere un giudizio sulla rispondenza ai termini del mandato. Nell'ipotesi in cui esso siano stati soddisfatti i requisiti attesi, ogni *crowd funder* dovrà versare il capitale promesso. Al contrario, in caso di risultato insoddisfacente, tale obbligo verrà meno ed il processo tornerà alla fase iniziale. Infine, nell'ipotesi in cui il programma soddisfi solo parzialmente i requisiti attesi, verrà concessa una proroga affinché il programmatore completi il *software*<sup>80</sup>.

Per quanto riguarda gli ideali di condivisione del sapere promossi da CofundOs, tutti i *software* realizzati a seguito del surriferito processo sono di tipo non proprietario<sup>81</sup>.

---

0.73/BCGHackerSurvey0-73.html; LEE – MOISA – WEISS, *Open Source as a Signaling Device: An Economic Analysis*, in FELLER – FITZGERALD – HISSAM – LAKHANI (a cura di), *Taking Stock of the Bazaar, Proceedings of the 3<sup>rd</sup> Annual Workshop on Open Source Software Engineering*, Portland, 2003; SCHWEIK – SEMENOV, *The Institutional Design of "Open Source" Programming: Implications for Addressing Complex Public Policy and Management Problems*, in *First Monday*, Vol. 8, No. 1, 2003, disponibile in formato ipertestuale all'indirizzo: [http://www.firstmonday.org/issues/issue8\\_1/shweik/](http://www.firstmonday.org/issues/issue8_1/shweik/).

<sup>76</sup> Si consiglia la consultazione del sito Internet di CofundOs nella sezione intitolata "*How does CofundOs work?*" all'indirizzo: <http://cofundos.org/docs/crowdfunding.php>.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Il voto è calibrato in base all'ammontare monetario dell'offerta. Cfr. *ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> Più specificamente, vengono rilasciati con una licenza *open source* approvata dalla Open Source Institution (OSI). Si consiglia la consultazione del sito Internet di CofundOs nella sezione intitolata "*CofundOs principles*" all'indirizzo: <http://cofundos.org/docs/crowdfunding.php#cofundosprinciples>.

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

### 8. Piattaforme per il finanziamento dei beni comuni: “crowdfunding the commons”

Nell’ambito delle piattaforme che promuovono il finanziamento dei c.d. beni comuni (o *commons*)<sup>82</sup>, Goteo merita particolare attenzione<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Il termine “bene comune” (o *commons*) è utilizzato per indicare “una risorsa condivisa da un gruppo di persone e soggetta a dilemmi (ossia interrogativi, controversie, dubbi, dispute etc.) sociali” (così HESS – OSTROM, *Understanding Knowledge as a Commons*, cit., pag. 3). Mentre lo studio dei beni comuni “tradizionali” affonda le sue radici in epoca risalente, concentrandosi sull’analisi delle risorse naturali condivise (come quelle idriche, forestali ed ittiche), quello delle informazioni e della conoscenza è più recente; infatti, il movimento dei “beni comuni dell’informazione e della cultura” ha avuto sviluppo a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, quando un numero crescente di studiosi ha rilevato che il concetto in esame poteva essere d’aiuto nella concettualizzazione dei problemi portati dalla neonata informazione digitale.

La dottrina ha quindi volto l’attenzione verso nuove aree di ricerca, come le comunità virtuali (in argomento, cfr. BRIN, *The Internet as a Commons*, in *Information Technologies and Libraries*, Vol. 14, No. 4, 1995; RHEINGOLD, *The Virtual Community: Homesteading on the Electric Frontier*, New York, Addison-Wesley, 1993; HESS, *The Virtual CPR: The Internet as a Local and Global Common Pool Resource*, intervento presentato nel corso del Quinto Congresso annuale della International Association for the Study of Common Property dal titolo “*Reinventing the Commons*”, Bodo (Norvegia), 24 – 28 maggio 1995; KOLLOCK – SMITH, *Managing the Virtual Commons: Cooperation and Conflict in Computer Communities*, in HERRING, *Computer Mediated Communication: Linguistic, Social, and Cross-Cultural Perspective*, Amsterdam, John Benjamins, 1996) ovvero i beni comuni sul *web* (in argomento, cfr. HUBERMAN – LUKOSE, *Social Dilemmas and Internet Congestion*, in *Science*, Vol. 277, No. 5325, 1997, p. 535 ss.; GUPTA – JUKIC – PARAMESWARAN – STAHL – WHINSTON, *Streamlining the Digital Economy: How to Avert a Tragedy of the Commons*, in *IEEE Internet Computing*, Vol. 1, No. 6, 1997).

È così che *commons* è divenuto un termine di uso comune anche per l’informazione digitale, la quale stava subendo processi di recinzione, mercificazione e iperbrevetazione (*overpatenting*) (cfr., *ex multis*, REESE, *Reflection on the Intellectual Commons: Two Perspectives on Copyright Duration and Reversion*, in *Stanford Law Review*, Vol. 47, No. 4, 1997; AOKI, *Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 6, No. 1, 1998; COHEN, *Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of Right Management*, in *Michigan Law Review*, Vol. 97, No. 2, 1998; BENKLER, *Overcoming Agoraphobia: Building the Commons of the Digitally Networked Environment*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 11, No. 2, 1999; HESSE – OSTROM, *Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as a Common-Pool Resource*, in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 66, 2003).

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

Nel suo manifesto si legge: “*Goteo is a social network for crowdfunding and distributed collaboration (services, infrastructures, microtasks and other resources) for encouraging the independent development of creative and innovative initiatives that contribute to the common good, free knowledge, and open code*”<sup>84</sup>.

Da ciò si evince che Goteo è molto più di una piattaforma di *crowdfunding*: esso, infatti, promuove all’interno di un collettivo (che a sua volta offre le tempo e conoscenze), forme di collaborazione benefiche per la produzione e la salvaguardia delle risorse naturali e dei beni comuni digitali<sup>85</sup>. Tale intento, naturalmente, si riflette sulle caratteristiche dei progetti promossi, che, per essere ammessi sulla piattaforma devono dimostrare un carattere sociale, culturale, scientifico, educativo, tecnologico o ecologico, nonché una forte condivisione per gli ideali della cultura *open*. Allo stesso modo, gli utenti di Goteo fanno affidamento alle licenze CC per facilitare la condivisione di informazioni, conoscenze, processi, risultati e contenuti dei loro progetti<sup>86</sup>.

In altre parole, lo spirito collaborativo e aperto di Goteo impone che non vengano semplicemente raccolti fondi e distribuiti premi a ciascun investitore in funzione dell’ammontare prestato, ma, al contrario, venga coltivata una cultura di collaborazione e di scambio, che costituisce il sostrato culturale indispensabile per la creazione e preservazione dei beni comuni<sup>87</sup>.

### 9. Il *crowdfunding* per il finanziamento dei progetti artistici e culturali

Le piattaforme usualmente volte al finanziamento di tali progetti sono quelle “generaliste”, cioè quelle che non si focalizzano su una singola tematica ma che promuovono progetti appartenenti a diverse categorie creative (arte, teatro, cinema, design, architettura ecc). Volendo menzionare alcune tra le più conosciute, si ricordano Kickstarter e Indiegogo<sup>88</sup>.

---

Sull’onda di questo movimento sono nate espressioni come beni comuni “digitali”, “dell’informazione”, “virtuali”, “intellettuali”, “tecnologici” e così via; tutte fanno riferimento al “*nuovo territorio condiviso dell’informazione globale e distribuita*” (cfr. HESS – OSTRUM, *Understanding Knowledge as a Commons*, cit., p. 5).

<sup>83</sup> Goteo è una piattaforma gestita dall’organizzazione no-profit Fondazione Fuentes Abiertas. Si consiglia la consultazione del sito Internet di Goteo all’indirizzo: <http://www.goteo.org>.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> Cfr. BOLLIER, *Goteo.org: Crowdfunding the Commons in Spain*, in David Bollier News and Perspectives on the Commons, 11 dicembre 2011, consultabile all’indirizzo: <http://www.bollier.org/goteoorg-crowdfunding-commons-spain>.

<sup>86</sup> Si consiglia la consultazione del sito Internet di Goteo all’indirizzo: <http://www.goteo.org>.

<sup>87</sup> Cfr. BOLLIER, *Goteo.org*, cit.

<sup>88</sup> Si veda il sito Internet di Kickstarter all’indirizzo [www.kickstarter.com](http://www.kickstarter.com) e quello di Indiegogo all’indirizzo [www.indiegogo.com](http://www.indiegogo.com).

# STUDI E OPINIONI

CROWDFUNGING

Tuttavia, ciò non significa che non esistano o possano esistere piattaforme “tematiche” dedicate all’arte e alla cultura. Si pensi per esempio alla britannica Peoplefound ed al suo progetto *WeDidThis* presentato nel 2011 al National Theatre di Londra, capace di raccogliere, in così poco tempo, più di 1.600 donazioni e finanziare 40 progetti in campo letterario e artistico<sup>89</sup>.

In entrambi i casi, il modello di riferimento è quello del *reward-based crowdfunding*: la “folla”, pertanto, non diventa azionista di una società ma semplicemente stanziava un investimento che verrà ricompensato dall’artista con un bene materiale – come un biglietto per una mostra o l’invito a un evento esclusivo – oppure immateriale – si pensi, a titolo esemplificativo, ad un pubblico riconoscimento di merito.

Generalmente la formula adottata dalle piattaforme impegnate nel finanziamento di progetti culturali o artistici è quella dell’*all or nothing* e pertanto il finanziamento torna in possesso della “folla” se il *plafond* non viene raggiunto nel tempo prefissato. La ragione è intuitiva: se l’artista non riesce a raggiungere quanto necessario alla realizzazione del suo progetto, non è in grado di onorare il suo impegno e quindi corrispondere quanto promesso al *crowd*.

## 10. La tutela dei diritti di proprietà intellettuale

Quando si parla di *crowdfunding* una delle domande più ricorrenti verte sulla regolamentazione dei diritti di proprietà intellettuale degli autori/iniziatori che pubblicano i loro progetti sulle piattaforme. Più specificamente, ricorre la preoccupazione che i progetti, una volta disvelati e pubblicati sulla piattaforma, possano divenire oggetto di distorsione o plagio da parte di terzi.

La preoccupazione è legittima, la risposta immediata: fermo quanto previsto in via legislativa, nel momento in cui, tanto l’autore quanto i potenziali finanziatori decidono di utilizzare i servizi offerti dalla piattaforma, accettano le condizioni previste nei “*Terms of Use*”, che ne regolamentano i rispettivi rapporti.

È bene sottolineare che i “*Terms of Use*” variano a seconda della piattaforma e pertanto non potrà qui fornirsi una risposta univoca in merito al loro contenuto<sup>90</sup>.

Nonostante ciò, dall’analisi delle piattaforme oggidi presenti ed operanti in Rete, può empiricamente rilevarsi che quelle che si ispirano agli ideali della cultura *open* e che adottano licenze ad essa rispondenti – tra queste le Creative Commons, le MIT

---

<sup>89</sup> Si veda sul sito Internet di Peoplefound la sezione dedicata al progetto *WeDidThis*: <http://www.peoplefund.it/arts/>.

<sup>90</sup> I contenuti dei “*Terms of Use*” di alcune piattaforme sono stati riportati nei paragrafi precedenti. Si pensi a quanto detto riferendosi al funzionamento delle piattaforme Slicethepie, Sellaband e Bandstock (cfr. supra par. 5).

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

Licenses, le Open Source etc. – sono in rapido aumento.

Si tratta di licenze che intendono ridimensionarne alcuni aspetti problematici del paradigma tradizionale di proprietà intellettuale e adattarne la visuale al nuovo contesto di comunicazione digitale e telematica. A titolo esemplificativo, le licenze CC, – tra le più utilizzate per la regolamentazione dei diritti di proprietà intellettuale sulle opere artistiche, letterarie, musicali e cinematografiche –, adottando la formula “alcuni diritti riservati” per andare oltre quella tradizionale in cui “tutti i diritti sono riservati”, riconoscono ai potenziali fruitori dell’opera talune libertà nella condivisione, modificazione e riutilizzo della stessa. Lo scopo non è quello di sopprimere i diritti degli autori, bensì quello di facilitare il pubblico nella fruizione del portato informativo delle opere; all’uopo, tali licenze consentono di adottare un regime di protezione “flessibile” in cui, come detto, soltanto alcuni diritti rimangono riservati all’autore<sup>91</sup>.

### 11. Conclusioni sul *crowdfunding*

Il *crowdfunding* ha ribaltato la posizione tradizionale dei consumatori, facendone soggetti attivamente coinvolti nel processo realizzativo di un bene o servizio.

Decidere di pagare per la produzione e la promozione di un prodotto (anziché limitarsi al mero acquisto), nonché sostenere il rischio associato a tale decisione, rappresenta un traguardo significativo nell’evoluzione del ruolo dei consumatori, che coinvolge un combinazione di imprenditorialità e partecipazione sociale. La selezione delle iniziative da sostenere, l’entità del contributo monetario, l’assunzione del rischio imprenditoriale, sono l’emblema della suddetta trasformazione<sup>92</sup>.

In tali aspetti il *crowdfunding* va oltre le sue “origini”; da un lato, sebbene ne conservi alcuni meccanismi (vale a dire la cooperazione degli utenti in vista del raggiungimento di un obiettivo comune), diverge dal *crowdsourcing*, giacché dallo sforzo collettivo non emerge la soluzione ad un determinato problema bensì il sostegno finanziario a progetti/iniziativa promossi/e sulla piattaforma<sup>93</sup>; dall’altro, nonostante il legame col mondo dei *social networks*, va ben oltre la mera adesione ad una *social community*, allorché, richiedendone il finanziamento, vota i consumatori all’assunzione di un ruolo diverso rispetto alla semplice condivisione di informazioni, conoscenze e opinioni su una determinata iniziativa<sup>94</sup>.

In sostanza, il *crowdfunding* ha trasformato i consumatori in veri e propri

---

<sup>91</sup> Più estesamente, cfr. *supra*, par. 6, nota 54.

<sup>92</sup> ORDANINI – MICELI – PIZZETTI – PARASURAMAN, *Crowd-funding: Transforming Customers into Investors through Innovative Service Platforms*, in *Journal of Service Management*, Vol. 22, No. 4, 2011.

<sup>93</sup> *Ivi*, p. 460.

<sup>94</sup> *Ibid.*

# STUDI E OPINIONI

## CROWDFUNGING

investitori<sup>95</sup>, potendosi perciò considerare una forma di “*commons-based peer production*”<sup>96</sup>, vale a dire un nuovo modello socio-economico di produzione, in cui, con l’ausilio di Internet, l’energia creativa di un numero indefinito di persone viene coordinato in vista della realizzazione di determinati progetti ed in assenza di un apparato decisionale verticistico quale quello dell’organizzazione aziendale (c.d. *firm production*), così come di meccanismi di mercato in cui l’unico incentivo allo svolgimento di un compito è rappresentato dalla sottostante remunerazione (c.d. *market-based production*)<sup>97</sup>.

La prossima sfida del *crowdfunding* coinvolge le *startup* e passa attraverso la capacità di generare, unitamente alle altre misure recentemente individuate dal legislatore, nuova ed immediata ricchezza a sostegno delle imprese e delle iniziative imprenditoriali più meritevoli.

---

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> L’espressione “*commons-based peer production*” è stata coniata da Benkler nello scritto *Coase’s Penguin, or Linux and the Nature of the Firm*. Successivamente, è stata perfezionata dallo stesso Autore nell’opera *The Wealth of Networks*, nonché sviluppata da altra dottrina. In particolare, Krowne ritiene che “*commons-based peer production refers to any coordinated, (chiefly) internet-based effort whereby volunteers contribute project components, and there exists some process to combine them to produce a unified intellectual work*”. Molto interessante anche la posizione di Tapscott e Williams, secondo cui “*people participate in peer production communities [...] for a wide range of intrinsic and self-interested reasons [...]. Basically, people who participate in peer production communities love it. They feel passionate about their particular area of expertise and revel in creating something new or better*”. Sul punto, cfr. BENKLER, *Coase’s Penguin, or Linux and the Nature of the Firm*, cit.; ID., *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven, Yale University Press, 2006; KROWNE, *The Fud Based Encyclopedia: Dismantling the Fear, Uncertainty and Doubt Aimed at Wikipedia and Other Free Knowledge Sources*, in *Free Software Magazine*, 2005; TAPSCOTT – WILLIAMS, *Wikinomics: How Mass Collaboration Changes Everything*, Delaware, Portfolio Books, 2006, p. 70.

<sup>97</sup> Cfr. BENKLER, *The Wealth of Networks*, cit., p. 130 ss.

# IL DOVERE DI VIGILANZA E LE MODALITÀ DI ESERCIZIO

*Il dovere di vigilanza rappresenta una delle più appassionanti tematiche poste al centro degli odierni dibattiti sulla corporate governance. Nel seguito, pertanto, verranno analizzate sia le linee guida individuate della dottrina italiana, che si ispirano a quelle statunitensi, sia le differenti modalità attraverso cui tale dovere si esplica.*

di **FEDERICO TALLIA**

### 1.1 Il dovere di vigilanza

Innanzitutto occorre dire che il dovere di vigilanza consiste nella supervisione della gestione societaria<sup>1</sup>. In particolare, sono gli *inside directors* ad occuparsi della gestione attiva, diretta o indiretta, della società, mentre il *board* e, al suo interno, gli *outside directors*<sup>2</sup> svolgono una funzione di monitoraggio<sup>3</sup>. Secondo autorevole dottrina

---

<sup>1</sup> Così F. GHEZZI, *I «doveri fiduciari» degli amministratori nei «Principles of corporate Governance»*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 492; secondo J. HANKS, *Evaluating recent state Legislation on Director and Officer Liability Limitation and Indemnification*, in 43, *Business Lawyer*, 1988, p. 1232, “*directors do not «do» things in the same sense as doctors, lawyers, architects or plumbers. Their duties consist principally of overseeing management, establishing corporate policy, and weighing major business decision*”.

<sup>2</sup> Sul tema si segnalano le interessanti conclusioni di F. GHEZZI, *op. ult. cit.*, p. 482; M.A. EISENBERG, *The structure of the corporation*, 1976, p. 375; D. BURGMAN – P. COX, *Corporate Directors, Corporate Realities and Deliberative Process*, p. 330, per l’A. la distinzione tra *inside* ed *outside directors* “*is critically important to a monitoring scheme because there would be an inherent conflict in requiring insiders to oversee their own work. On the other hand insiders have a distinct value. Compared to other board members, insiders are involved more closely with the corporation’s affair and generally have better access to information. They are, however, at some disadvantage because they are subordinates of the chief executive officer and may find it awkward to disagree with him or criticize his views. By contrast, an outside director is, at least theoretically, independent, and such independence is the most valued characteristic: the outside directors is expected to deal at arm’s length with management. Although such a director is not required to take an adversarial stance against management, the law expects an attitude of «healthy skepticism» to act as a check on possible wrongdoing on the part of corporate insiders. An adversarial process is not necessarily the best way to run a company; the outsider’s role, therefore, is to monitor those who direct the*

# STUDI E OPINIONI

## DOVERE DI VIGILANZA E MODALITÀ DI ESERCIZIO

“risulta che, la funzione primaria del consiglio non consiste nell’amministrazione della società, bensì nella sorveglianza degli amministratori, cioè nel controllo di coloro che invece amministrano la società, al fine di assicurare che questi lo facciano bene ed in modo efficiente”<sup>4</sup>. Dunque, è necessario ricordare che il consiglio nomina e revoca i soggetti che si occupano della gestione e direzione della società, controlla il *management* e vigila sulle decisioni di maggior rilievo da questo assunte<sup>5</sup>. Di più, occorre fare chiarezza su di un aspetto che è, sicuramente, fondamentale. Il dovere di vigilanza non deve essere espletato tramite l’osservazione diretta di ogni evento<sup>6</sup>, ma tramite “l’installazione di sistemi che producano le informazioni che gli amministratori dovrebbero possedere, e dall’esercizio di un controllo su questi sistemi per assicurarsi il loro corretto funzionamento”<sup>7</sup>. Senza dubbio il consiglio possiede un’ampia discrezionalità nell’esercizio di tale dovere, ma le scelte dovranno, comunque, essere improntate a criteri di ragionevolezza. Inoltre, sebbene non vi siano principi generali da rispettare la dottrina ha individuato alcuni criteri che permettono di stabilire, di volta in volta, il grado di diligenza richiesto al fine di adempiere correttamente al dovere di vigilanza<sup>8</sup>. Si pensi, ad esempio, alla prevedibilità del problema verificatosi a causa della carente o del tutto assente supervisione, alla ragionevolezza dell’affidamento in altri membri del consiglio o in altri dirigenti od, infine, alle condizioni di natura economica e finanziaria in cui versava l’impresa al momento del verificarsi dei fatti<sup>9</sup>.

---

*enterprise. If such a director has doubt about a course of action, a duty arises to express these doubts”.*

<sup>3</sup> Sul tema si veda, P. MONTALENTI, *La società quotata*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, IV, 2, Padova, 2004, p. 197 ss.

<sup>4</sup> Testualmente M.A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, in *Giur. Comm.*, 1992, vol. I, p. 617 ss.

<sup>5</sup> Cfr. F. GHEZZI, *op. ult. cit.*, p. 492 che fa riferimento ai c.d. *full time managers*.

<sup>6</sup> Il rischio, altrimenti, sarebbe quello di paralizzare il corretto ed efficace funzionamento dell’organo gestorio. Si veda al riguardo Tribunale di Catania, decreto 23 Marzo 1995 (in *Società*, 1995, p. 1092).

<sup>7</sup> Testualmente M.A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 620.

<sup>8</sup> Sul tema si vedano le preziose considerazioni dell’*American Law Institute (A.L.I.)*, l’associazione privata a cui dobbiamo la stesura dei *Principles of corporate governance*.

<sup>9</sup> Cfr. F. GHEZZI, *op. ult. cit.*, p. 493. Significativa la pronuncia del Tribunale di Milano, 10 febbraio 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 334 ss., che precisa, una volta di più, che “non è sindacabile il merito gestorio delle scelte gestionali e delle modalità della loro conduzione, se non nella misura in cui si riscontri l’omissione delle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste dall’ordinaria diligenza professionale a cui ogni buon amministratore è obbligato, secondo un criterio di prevedibilità e prevedibilità delle conseguenze insoddisfacenti e pregiudizievoli”.

# STUDI E OPINIONI

## DOVERE DI VIGILANZA E MODALITÀ DI ESERCIZIO

Si sottolinea, inoltre, che il dovere di vigilanza richiede una concezione moderna del consiglio di amministrazione. L'evoluzione, in tal senso, è stata significativa: si è passati dall'idea di un consiglio che gestisce (*managing board*) a quella di un consiglio che controlla (*monitoring board*)<sup>10</sup>. Pertanto, il consiglio di amministrazione non opera solo come organo di supporto agli esecutivi sulle questioni di carattere strategico<sup>11</sup>, ma anche, e soprattutto, come organo di monitoraggio della gestione<sup>12</sup>. Il nostro ordinamento, con la riforma del diritto societario del 2003, ha recepito l'idea del *monitoring board*, infatti, l'art. 2381 c.c. ben delinea i doveri di monitoraggio spettanti agli amministratori non esecutivi<sup>13</sup>.

Ciò precisato, occorre aggiungere che il nostro legislatore, a differenza di quello statunitense, ha scelto di enfatizzare la figura degli amministratori deleganti rispetto agli amministratori indipendenti<sup>14</sup>. Si deve osservare che la connotazione di indipendente è sicuramente aggiuntiva e può assumere rilevanza in un eventuale giudizio di responsabilità, ma, allo stato dei fatti, non basta a fondare obblighi diversi e ulteriori rispetto a quelli già previsti per gli amministratori deleganti<sup>15</sup>. Al riguardo, in dottrina, vi sono tesi contrapposte: c'è chi sostiene che la funzione di monitoraggio sia efficacemente svolta dagli indipendenti<sup>16</sup> e chi solleva dubbi e perplessità<sup>17</sup>. In

---

<sup>10</sup> Si rileva un progressivo ed inesorabile spostamento del potere gestorio dall'assemblea al consiglio di amministrazione e da questo ai delegati. Sul tema si veda F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2006, p. 33 ss.; ID., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 211 ss.; M.A. EISENBERG, *The structure of the Corporation*, cit.

<sup>11</sup> Cfr. J. MACEY, *Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken*, University Press of California, Columbia and Princeton, 2008, p. 51.

<sup>12</sup> Così G. FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in AA. VV., a cura di Assonime, *I controlli societari. Molte regole nessun sistema*, Milano, 2009, p. 51.

<sup>13</sup> Sul tema F. BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008, p. 60 ss.

<sup>14</sup> L'ordinamento statunitense fa riferimento agli *independent directors* quali soggetti gravati dal dovere di vigilanza. L'obiettivo è far sì che i *boards* siano composti da una maggioranza di amministratori indipendenti estranei al conflitto di interessi a differenza degli *inside directors*. Tuttavia, nel nostro ordinamento gli amministratori indipendenti, salvo pochi casi, non rappresentano la maggioranza in consiglio. Significativo, al riguardo, lo studio compiuto da Assonime, *Analisi dello stato di attuazione del Codice di autodisciplina delle società quotate (Anno 2008)*, Febbraio 2009, p. 27.

<sup>15</sup> D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società - Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. II, Milanofiori Assago (Mi), 2006, p. 422 ss.

<sup>16</sup> G. FERRARINI, *op. ult. cit.*, p. 52.

# STUDI E OPINIONI

## DOVERE DI VIGILANZA E MODALITÀ DI ESERCIZIO

particolare, parte della dottrina<sup>18</sup> pone l'attenzione su alcuni aspetti di indubbia criticità: in primo luogo, il *CEO* controlla composizione e funzionamento del *board*<sup>19</sup>; in secondo luogo, i non *executive directors* sono penalizzati da considerevoli asimmetrie informative rispetto agli *executives*<sup>20</sup>; infine, i *boards* sono afflitti da inerzia, che comporta conseguenze negative specie nelle situazioni che richiedono un risoluto e tempestivo intervento<sup>21</sup>. Una possibile soluzione alle criticità individuate potrebbe consistere nella riduzione delle inevitabili asimmetrie informative esistenti tra *executives* e membri del *board*<sup>22</sup> incentivando questi ultimi ad una più attiva partecipazione alla fase gestoria<sup>23</sup>. Tali indicazioni consentirebbero di realizzare un ulteriore e fondamentale scopo, ossia garantire un monitoraggio più penetrante sulla gestione societaria<sup>24</sup>.

Proseguendo l'analisi relativa all'estensione del dovere di vigilanza, si segnala che all'interno del nostro ordinamento si adotta la *business judgment rule* di fronte all'inadempimento da parte degli amministratori non esecutivi del *duty to monitor*<sup>25</sup>. In particolare, secondo autorevole dottrina, la regola del giudizio imprenditoriale si applica all'adempimento del dovere di vigilanza dei consiglieri di amministrazione sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili<sup>26</sup>. Secondo tale

---

<sup>17</sup> O. WILLIAMSON, *Corporate Boards of Directors: In Principles and in Practice*, in 24 *Journal of Law, Economics, and Organization*, 2008, p. 274.

<sup>18</sup> O. WILLIAMSON, *op. ult. cit.*, p. 263 ss.

<sup>19</sup> Nella realtà italiana è opportuno sostituire «CEO» con «azionisti di controllo».

<sup>20</sup> Si aggiunga la prassi negativa del *nodding approval*, che può comportare l'accettazione acritica delle proposte degli *executives*.

<sup>21</sup> Si precisa che Williamson prese spunto dal testo di M. MACE, *Directors: Myth and Reality*, Cambridge, 1971.

<sup>22</sup> Sul tema si veda SCOTT – KLEIDON, *CEO Performance, Board Types and Board Performance: A First Cut*, in Baum, Baxbaum, Hopt, *Institutional Investors and Corporate Governance*, Berlin - New York, 1994, p. 183. Mentre sul tema della trasparenza del governo societario, che rileva in ordine ai rimedi prospettati, si veda R. KRAAKMAN, *Disclosure and Corporate Governance: An overview Essay*, in Ferrarini, Hopt, Winter, Wymeersch, *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford, 2004, p. 97 ss.

<sup>23</sup> Così O. WILLIAMSON, *op. ult. cit.*, p. 268.

<sup>24</sup> G. FERRARINI, *op. ult. cit.*, p. 53.

<sup>25</sup> Sul tema si veda G. FERRARINI, *Controlli interni e strutture di controllo societario*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società - Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. III, Torino, 2006, p. 25; J. ARLEN, *The story of Allis-Chalmers, Caremark, and Stone: Directors' Evolving Duty to Monitor*, NYU Center for Law, Economics and Organization, *Law & Economics Research Paper Series*, WP No. 08-57.

<sup>26</sup> Così G. FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, cit., p. 63.

# STUDI E OPINIONI

## DOVERE DI VIGILANZA E MODALITÀ DI ESERCIZIO

impostazione la predisposizione degli assetti è caratterizzata da grande discrezionalità, pertanto, costituisce un aspetto sul quale non opera il sindacato dei giudici a meno che si ravvisi una totale carenza o trascuratezza da parte degli amministratori<sup>27</sup>. Non concorde con tale ricostruzione illustre dottrina la quale sostiene che diversamente dalle scelte di merito “*le scelte organizzative – fermo restando che la responsabilità è pur sempre per colpa, non oggettiva – in materia di controlli e di assetti organizzativi sono scrutinabili alla luce di parametri di correttezza, sicuramente di complessa individuazione, da ricercarsi sulla base di valutazioni tecniche e di best practice condivise, ma non assimilabili al giudizio sulle decisioni di merito*”<sup>28</sup>.

Le considerazioni sin qui svolte trovano conferma in alcune importanti decisioni delle corti del Delaware<sup>29</sup>. In particolare, nel caso *Caremark*<sup>30</sup> la *Chancery Court* stabilì che: in primo luogo, gli amministratori hanno l’obbligo di installare sistemi informativi e di *reporting* per garantire “*informazioni accurate e tempestive, tali da consentire alla direzione e al consiglio, ciascuno nel proprio ambito, di conseguire un giudizio informato circa la compliance della società con le leggi e le performance aziendali*”<sup>31</sup>; in secondo luogo, lo *standard of review*<sup>32</sup>, da applicare nel caso in cui insorga una

---

<sup>27</sup> Ad esempio nel caso in cui gli amministratori omettano di predisporre un assetto organizzativo indispensabile oppure manchino di aggiornarlo o di verificarne, costantemente, il corretto funzionamento. E’ utile richiamare le parole di V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull’art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, I, 2006, p. 14, il quale precisa che “*se adeguare significa commisurare, rendere idoneo o conveniente un quid, l’obbligo dell’impresa è anche quello di «aggiornare» costantemente l’assetto organizzativo alle sopravvenienze normative, scientifiche e tecnologiche*”.

<sup>28</sup> In questi termini, P. MONTALENTI, *La gestione dell’impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Rivista di Diritto Societario*, in corso di pubblicazione; *contra* R. SACCHI le cui preziose considerazioni, espresse nel corso del Convegno tenutosi a Firenze il 14 e 15 aprile 2011 dal titolo “*Corporate governance e sistema dei controlli nella s.p.a.*”, possono essere reperite sul sito [www.cesifin.it](http://www.cesifin.it); si veda anche G. FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, cit., p. 63.

<sup>29</sup> In particolare, si fa riferimento a *Stone v. Ritter* (911 A.2d 362); *In re Caremark Inc. International Derivative Litigation* (698 A.2d 959).

<sup>30</sup> Il caso *Caremark* risale al 1996, ed è relativo al pagamento illecito di somme di danaro ai medici che procuravano pazienti ad un’azienda operante nel settore della *health-care*.

<sup>31</sup> *In re Caremark Inc. International Derivative Litigation* (698 A.2d 959).

<sup>32</sup> Per *standard of review* si intendono i modelli di valutazione della responsabilità presenti nel diritto societario statunitense. Secondo M.A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 626, tale termine si riferisce, appunto, “*ai criteri tipici di giudizio usati dalle corti quando vengono chiamate a pronunciarsi in ordine ad una decisione o a un semplice atto o comportamento di un amministratore, indipendentemente dal fatto che l’impugnativa sia*

# STUDI E OPINIONI

## DOVERE DI VIGILANZA E MODALITÀ DI ESERCIZIO

responsabilità per mancata vigilanza sulla *compliance* è ristretto, essendo quello della mala fede e non quello della colpa grave (*gross negligence*); infine, l'*onus probandi* incombe sulla parte attorea che dovrà dimostrare la violazione, persistente e sistematica, del dovere di vigilanza da parte del consiglio di amministrazione. Si può sostenere che la portata innovativa di questa decisione risieda, *in primis*, nell'aver ampliato l'area del dovere di vigilanza che spetta agli amministratori<sup>33</sup> e, *in secundis*, nel ribadire che i giudici non sindacano la ragionevolezza delle scelte gestorie compiute dagli amministratori, i quali saranno responsabili solo per mala fede soggettiva. Parte della dottrina nord-americana afferma, al riguardo, che la corte ha dimostrato di “*usare la responsabilità per violazione dei doveri fiduciari per ottenere maggior attenzione alla compliance senza, tuttavia, provocare un’interferenza eccessiva delle corti nelle decisioni imprenditoriali*”<sup>34</sup>.

Concludendo, bisogna sottolineare l'importante funzione svolta dal consiglio di amministrazione e, in particolare, dagli amministratori non esecutivi nel monitoraggio delle decisioni assunte<sup>35</sup>, della concreta organizzazione aziendale e dell'attività d'impresa svolta<sup>36</sup>. Proprio per migliorare l'efficacia di tale attività di sorveglianza occorre ridurre le fisiologiche asimmetrie informative intercorrenti tra delegati e *plenum*, incentivando questi ultimi ad una più attiva partecipazione. Le soluzioni individuate portano ai comitati *audit*, nomine e remunerazione<sup>37</sup>; alle *executive session* del consiglio<sup>38</sup>; alle riunioni dei soli amministratori indipendenti<sup>39</sup>. Dunque, l'ordinamento cristallizza la responsabilità dei delegati affidando ai deleganti importanti

---

*dedotta da un singolo socio in via surrogatoria («derivative»), ovvero da un trustee nell'ambito di una procedura fallimentare”.*

<sup>33</sup> La decisione precisa che questi hanno l'obbligo di predisporre un adeguato *compliance program* e di monitorare eventuali attività sospette.

<sup>34</sup> J. ARLEN, *op. ult. cit.*, p. 22.

<sup>35</sup> Come più volte sottolineato, dottrina e giurisprudenza pongono l'attenzione sul processo di *decision-making*. Sul tema C. HANSEN, *The ALI Corporate Governance Project. I: of the Duty of Due Care and the Business Judgment Rule*, a *Commentary*, in 41, *Business Lawyer*, 1986, p. 1237 ss.; M. IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2010, p. 564; ID., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 50; L. NAZZICONE, *Commento sub Art. 2392 c.c.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, p. 184.

<sup>36</sup> Così G. FERRARINI, *op. ult. cit.*, p. 64.

<sup>37</sup> Sul tema si veda P. MONTALENTI e S. BALZOLA, *La società per azioni quotata*, Bologna, 2010, p. 117 ss.

<sup>38</sup> Sedute cui non partecipano gli amministratori esecutivi.

<sup>39</sup> Alle quali partecipano solo gli amministratori indipendenti per garantire loro massima libertà di espressione e di critica.

# STUDI E OPINIONI

## DOVERE DI VIGILANZA E MODALITÀ DI ESERCIZIO

compiti di monitoraggio sulla base di quanto stabilito dall'art. 2381 c.c.<sup>40</sup>. Così, si può sostenere che il «sistema» esiste non solo da un punto di vista economico-aziendale, ma anche da quello giuridico-sostanziale. Le molte regole, pertanto, possono essere dotate di una maggior coerenza ed unità dal momento che la riforma societaria, con il recepimento del *monitoring board* e dei doveri fiduciari, ha creato un quadro sistematico all'interno del quale inserire le numerose leggi e prescrizioni in materia di amministrazione e controlli<sup>41</sup>.

Da ultimo, sia consentito segnalare una questione di grande importanza che riguarda, indirettamente, il tema della vigilanza, ossia il «modello 231»<sup>42</sup> che porta il giudice a verificare l'idoneità e l'efficacia degli assetti organizzativi entrando, così, nel merito delle scelte gestorie. Tuttavia, si deve precisare che tale valutazione serve ad escludere la responsabilità amministrativa dell'ente, mentre la *business judgment rule* attiene alla responsabilità civile degli amministratori. A bene vedere si tratta di due realtà distinte e separate. L'organismo di vigilanza 231<sup>43</sup> introduce, per l'ente, un

---

<sup>40</sup> L'art. 2381 c.c. distingue nettamente, al terzo e quinto comma, le funzioni di *monitoring* e *managing*, spettanti rispettivamente a deleganti e delegati.

<sup>41</sup> Così G. FERRARINI, *op. ult. cit.*, p. 64, che conclude sostenendo che “*la crisi finanziaria porterà ad accentuare il coinvolgimento del consiglio e, in particolare, degli indipendenti nel monitoraggio della gestione dei rischi, che è risultata spesso carente, soprattutto nelle istituzioni finanziarie. (...) E' anche probabile che si arrivi a prestar maggior attenzione ai requisiti di competenza professionale, spesso lasciati in ombra dall'enfasi sull'indipendenza. Non escluderei che si giungesse – almeno per le istituzioni finanziarie – a delineare una figura di amministratore «quasi-esecutivo», della quale troviamo sin da ora traccia nelle proposte di potenziamento del ruolo del presidente del consiglio di amministrazione (la cui separazione dal CEO è ormai acquisita per le banche) e in quelle di coinvolgimento degli indipendenti – sempre nelle istituzioni finanziarie – in risk committees distinti dagli audit committees, con sostanziale aggravio di compiti e responsabilità per gli interessati*”.

<sup>42</sup> Si fa riferimento al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che prescrive l'adozione di modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione di reati. In particolare, l'art. 5 prevede la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per i reati commessi, nel loro interesse o con loro vantaggio: a) da rappresentanti, amministratori o direttori; b) da persone sottoposte alla loro direzione o vigilanza. L'art. 6 esclude la responsabilità della società quando si provi: la preventiva adozione di modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire i reati in parola; l'attribuzione del compito di vigilanza sul corretto funzionamento dei modelli ad un organo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo; la commissione del reato tramite l'elusione dei modelli predisposti.

<sup>43</sup> Sul tema si veda P. MONTALENTI, *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza nel quadro della riforma del diritto societario*, in AA. VV., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2009, p. 90 ss.; ID., *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 643 ss.; ID., *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, in *AGE*, 2009, p. 383 ss.; ID., *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Riv. dir. comm.*,

# STUDI E OPINIONI

## DOVERE DI VIGILANZA E MODALITÀ DI ESERCIZIO

sistema di incentivi volto alla creazione e alla vigilanza sul modello organizzativo; la responsabilità civile, invece, induce gli amministratori al rispetto del dovere di vigilanza evitando, allo stesso tempo, di mortificare la propensione al rischio del *management* con la prospettiva di una revisione giudiziale nel merito<sup>44</sup>. Tuttavia in dottrina c'è chi sostiene “*che poi l'approccio dei giudici sul piano della 231 non manchi di riflettersi sull'operato degli amministratori, che terranno generalmente conto degli orientamenti giurisprudenziali in materia, è nella natura delle cose, col risultato pratico frequente dell'imposizione di modelli organizzativi o di loro aspetti da parte dei giudici penali e con buona pace della regola civilistica del giudizio imprenditoriale*”<sup>45</sup>.

### 1.2 Le modalità di esercizio della vigilanza

Nell'ambito della discussione concernente la vigilanza occorre esaminare le differenti modalità attraverso cui si esplica<sup>46</sup>. Al riguardo, si segnala che illustre dottrina<sup>47</sup> ha realizzato un'accurata analisi cui si farà riferimento.

Bisogna, subito, precisare che la nozione di “controllo” porta con sé una pluralità di significati<sup>48</sup> risultando, perciò, di non facile lettura. Inoltre, si sottolinea come tale nozione sia tipica più del diritto pubblico amministrativo che non del diritto privato.

---

2010, p. 938 ss.; ID., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in ABRIANI, AMBROSINI, CAGNASSO, MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato Cottino*, vol. I, 1, Padova, 2010, p. 842 ss.; A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, cit.; A. GARGHELLA MARTELLI, *L'organismo di vigilanza tra disciplina della responsabilità amministrativa degli enti e diritto societario*, in *Giur. comm.*, I, 2009, p. 762 ss.

<sup>44</sup> L'obiettivo è proprio quello di evitare che la valutazione soggettiva ed *ex post* del giudice si possa sostituire a quella espressa *ex ante* dall'organo amministrativo, in questi termini M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., p. 50.

<sup>45</sup> Testualmente G. FERRARINI, *op. ult. cit.*, p. 63.

<sup>46</sup> Si pensi al controllo tra società *ex art. 2359 c.c.* o al controllo giudiziario quale verifica della conformità alla legge del comportamento degli amministratori *ex art. 2409 c.c.* o, ancora, al controllo di merito, cioè di correttezza gestoria, *ex art. 2403 c.c. e 149 Tuf.*

<sup>47</sup> Si fa riferimento all'attenta analisi svolta da P. MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca Borsa tit. cred.*, Milano, 2011, p. 535 ss.; ID., *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza*, cit., p. 85 ss.; ID., *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, cit., p. 643 ss.; ID., *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, cit., p. 935 ss.

<sup>48</sup> Si pensi al controllo tra società *ex art. 2359 c.c.* o al controllo giudiziario quale verifica della conformità alla legge del comportamento degli amministratori *ex art. 2409 c.c.* o, ancora, il controllo di merito, cioè di correttezza gestoria, *ex art. 2403 c.c. e 149 Tuf.*

# STUDI E OPINIONI

## DOVERE DI VIGILANZA E MODALITÀ DI ESERCIZIO

Pertanto, gli interpreti si trovano di fronte ad un complesso panorama che vede il concetto di controllo scomporsi in varie categorie<sup>49</sup>.

In primo luogo si pensi al controllo di merito, ossia al controllo circa l'opportunità e la convenienza economica dell'attività di gestione<sup>50</sup>. Esso consente di realizzare una supervisione sotto forma di potere di indirizzo, di condizionamento, di fisiologica dialettica che, tuttavia, non deve scadere in patologia<sup>51</sup>. Infatti, le scelte gestorie, concretamente operate, rientrano sotto l'ombrello della *business judgment rule* con la loro conseguente insindacabilità<sup>52</sup>. L'unico limite che incontra la *business judgment rule* è costituito dall'assoluta irrazionalità delle scelte compiute<sup>53</sup> o dall'assenza di procedimenti valutativi, il c.d. *decision-making process*<sup>54</sup>. Ad esempio, di fronte alla decisione della società Alfa il cui *core business* consiste nella produzione di parti meccaniche e che intende acquisire una partecipazione in una società in Brasile, il controllo di merito consisterà nell'analizzare se l'operazione sia ragionevole e conveniente dal punto di vista economico<sup>55</sup>. Il controllo spetta, come detto, ai soci e al consiglio di amministrazione rispettivamente nei confronti del *plenum* e dei delegati e si estrinseca in un apprezzamento discrezionale. Infatti, ciò che non è sindacabile è il

---

<sup>49</sup> Si veda, P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni in tema di controllo*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi, Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, p. 309 ss.

<sup>50</sup> Tale controllo opera su due livelli. Infatti, è esercitato dai soci nei confronti del consiglio di amministrazione e da quest'ultimo nei confronti dei delegati.

<sup>51</sup> Ad esempio, potrà verificarsi la revoca dell'amministratore o della delega, ma non è consentita un'attività di sorveglianza diretta.

<sup>52</sup> Secondo P. MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, cit., p. 539, la *business judgment rule* crea un'ampia tutela per cui "le operazioni gestorie degli amministratori non sono sindacabili, né dal collegio sindacale, né dal comitato audit, né dai revisori, né dal giudice".

<sup>53</sup> In particolare, P. MONTALENTI nel corso del Convegno tenutosi a Napoli, il 20 gennaio 2012, dal titolo "Controlli interni e profili di responsabilità nelle società di capitali" utilizzò il chiaro esempio rappresentato dalla decisione di vendere stufe nel deserto del Sahara.

<sup>54</sup> Si veda C. HANSEN, *The ALI Corporate Governance Project. I: of the Duty of Due Care and the Business Judgment Rule*, cit., p. 1237 ss.; si veda anche M. IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, cit., p. 564; L. NAZZICONE, *Commento sub Art. 2392 c.c.*, cit., p. 184, sottolinea che "se è vero che il giudice non ha il controllo di merito sulle scelte gestorie, l'agire amministrativo è tuttora discrezionale e non libero: il giudice, dunque, non controlla l'opportunità della scelta, ma la modalità del percorso decisionale seguito dagli amministratori, la completezza degli accertamenti di fatto preventivi da essi espletati e delle cautele poste in essere, al fine di accertarne la correttezza nella situazione di fatto".

<sup>55</sup> Secondo P. MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, cit., p. 541, in questi casi si compiono valutazioni "in termini di espansione del mercato, di redditività immediata o di redditività prospettica".

# STUDI E OPINIONI

## DOVERE DI VIGILANZA E MODALITÀ DI ESERCIZIO

merito dell'operazione in funzione di un'eventuale responsabilità degli amministratori<sup>56</sup>. L'insuccesso dell'operazione non può costituire elemento fondante la responsabilità dell'organo gestorio *ex artt.* 2393 e ss. c.c.

In secondo luogo si pensi al controllo di legalità, il quale investirà la valutazione sul rispetto delle norme previste dal nostro ordinamento<sup>57</sup> e dagli ordinamenti stranieri<sup>58</sup>. Inoltre, tale tipo di controllo consta di un aspetto formale e di uno sostanziale. Il primo consiste nel rispetto dell'atto costitutivo, il secondo nella conformità degli atti negoziali ai principi normativi.

In terzo luogo, con la riforma del diritto societario vi è stata la definitiva affermazione dei principi di corretta amministrazione e dell'adeguatezza degli assetti organizzativi. Pertanto, "*accanto alle categorie tradizionali del controllo di merito e del controllo di legalità, emerge il tertium genus del controllo di correttezza e di adeguatezza organizzativa*"<sup>59</sup>. Il primo consiste nel vigilare sull'osservanza delle regole tecnico-aziendalistiche che costituiscono l'essenza della diligenza professionale dell'amministratore così come delineata dal nuovo art. 2392 c.c. In particolare, occorrerà verificare il rispetto di specifiche procedure informative e istruttorie<sup>60</sup>. Molto significativa, al riguardo, una pronuncia della Corte di Cassazione<sup>61</sup> in cui si stabilisce

---

<sup>56</sup> Preme evidenziare come il rischio d'impresa non sia imputabile agli amministratori.

<sup>57</sup> Ad esempio: le normative antitrust e quella relativa alle operazioni con parti correlate.

<sup>58</sup> Si pensi, in particolare, alla conoscenza della normativa fiscale e di quella che regola le OPA.

<sup>59</sup> Testualmente P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, cit. Lo stesso A. sottolinea come il parametro della correttezza si inserisca "*come categoria intermedia, suscettibile di valutazione in termini di responsabilità, tra la legalità e il merito*".

<sup>60</sup> In questi termini P. MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, cit., p. 541, che fa riferimento, nello specifico, alle perizie *merchant bank* indipendenti, *financial planning* e *due diligence*; ID., *Sistemi di controllo interno e corporate governance: dalla tutela delle minoranze alla tutela della correttezza gestoria*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, in corso di pubblicazione.

<sup>61</sup> Cassazione, 12 agosto 2009, n. 18231, in *Diritto & Giustizia*, 2009, la vicenda riguarda il fallimento di una società parabancaria con la conseguente condanna degli amministratori a pagare i danni alla curatela. Infatti, le scelte economiche non possono essere sindacate, ma il giudice può ben valutare la diligenza dell'organo gestorio nel prevedere i rischi delle operazioni poste in essere. In particolare, la Cassazione motivava che "*si è imputato agli amministratori di non aver adottato le cautele atte ad assorbire le conseguenze dell'insuccesso economico dell'impresa, consentendo il recupero dei finanziamenti corrisposti*". Si ricorda anche un'altra decisione della Cassazione, 24 agosto 2004, n. 16707 (Rordorf estensore), *Fiorini c. Scotti Finanziaria*, in *Giur. comm.*, II, 2005, p. 246, con nota di D. MONACI, da cui si ricava una significativa massima non ufficiale per cui "*la responsabilità dell'amministratore non deve essere valutata con riferimento al merito delle scelte imprenditoriali da lui compiute, ma*

# STUDI E OPINIONI

## DOVERE DI VIGILANZA E MODALITÀ DI ESERCIZIO

che “l’addebito di responsabilità non si fonda sulla violazione di specifiche norme di legge o di clausole statutarie, bensì sull’inosservanza del criterio generale di diligenza propria del mandatario nell’adempimento dei doveri. Se è vero, come costantemente affermato dalla giurisprudenza di questa Corte che, non sono sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali, anche se presentino profili di alea economica superiori alla norma, resta invece valutabile la diligenza mostrata nell’apprezzare preventivamente – se necessario con adeguata istruttoria – i margini di rischio connessi all’operazione da intraprendere, così da non esporre l’impresa a perdite altrimenti prevenibili. Nella specie, la corte territoriale ha desunto l’inosservanza di tale canone di diligenza, non con il senno del poi – sulla base, cioè, dell’esito economico negativo delle operazioni – bensì dall’imprudente omissione della richiesta di garanzie, reali o personali, nei confronti delle società terze, che si andava a finanziare”. Invece, per quel che concerne il controllo circa l’adeguatezza degli assetti organizzativi, tema caro alla scienza aziendalistica, si intende la valutazione relativa al corretto funzionamento del c.d. organigramma<sup>62</sup> e del funzionigramma<sup>63</sup>. Inoltre, all’interno di tale sistema rientrano le importantissime funzioni di *risk management*<sup>64</sup> e di *compliance*<sup>65</sup>.

Infine, si individua una categoria che è possibile collocare a metà strada tra correttezza e merito, ossia il controllo di efficacia ed efficienza. Tale controllo consente di apprezzare l’impatto delle scelte gestionali compiute permettendo di operare eventuali correttivi quali, ad esempio, la razionalizzazione di funzioni o le integrazioni sistemiche.

*Rebus sic stantibus*, è attualmente possibile distinguere tra (i) controllo di merito (ii) controllo di legalità (iii) controllo di correttezza e adeguatezza organizzativa (iv) controllo di efficacia ed efficienza<sup>66</sup>.

---

*unicamente con riferimento alla mancata osservanza delle cautele e dei canoni di comportamento che il dovere di diligenza professionale impone, secondo il metro della normale professionalità e della fedeltà all’interesse della società amministrata”.*

<sup>62</sup> Si fa riferimento alla ripartizione interna di poteri e compiti fra soggetti, uffici e divisioni.

<sup>63</sup> Si intende l’analitico organigramma societario indicante funzioni e poteri dei diversi soggetti.

<sup>64</sup> Funzione fondamentale che consente il costante monitoraggio dei rischi aziendali consentendo di individuare le criticità presenti. Sul tema si veda N. MISANI, *Introduzione al risk management*, Milano, 1994.

<sup>65</sup> Importante funzione che permette di valutare il rispetto delle normative primarie e secondarie. Sul tema V. CANTINO, *Corporate governance, misurazione della performance e compliance del sistema di controllo interno*, Milano, 2007; P. PREVITALI, *Modelli organizzativi e compliance aziendale: l’applicazione del D.lgs. 231/2001 nelle imprese italiane*, Milano, 2009; M. MARTINEZ, *Cambiamento organizzativo e compliance: assunti teorici e ricerche empiriche*, Napoli, 2009.

<sup>66</sup> Si veda P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, cit., p. 942, che sostiene che è “nell’ambito di questo paradigma concettuale che l’assegnazione delle

# STUDI E OPINIONI

## DOVERE DI VIGILANZA E MODALITÀ DI ESERCIZIO

Dunque si può sostenere, concordemente a parte della dottrina<sup>67</sup>, che il controllo non rappresenta più una semplice verifica *ex post* della condotta degli amministratori, ma diventa esso stesso strumento di organizzazione, elemento coesistente dell'esercizio dell'impresa.

Ancora, si rileva che nell'ambito del controllo è possibile distinguere tra controlli indiretti e diretti. Si tratta di una partizione che non possiede un riferimento normativo specifico, ma che presenta una considerevole rilevanza a livello operativo<sup>68</sup>. I primi sono sicuramente prevalenti<sup>69</sup> e ciò dipende, principalmente, dalla complessa articolazione della moderna società per azioni. Infatti, a livello di gestione il potere risulta essere diffuso secondo una linea gerarchica. Discorso analogo può essere fatto a livello di controllo dove la vigilanza si sostanzia, prevalentemente, in atti di accertamento presso le istanze inferiori e non in ispezioni e controlli diretti<sup>70</sup>. Pertanto, il funzionamento del complesso sistema dei controlli può essere raffigurato dalla suggestiva immagine della “*piramide rovesciata*” che poggia sul vertice, rappresentato dai controlli diretti, e sale sino alla base caratterizzata dai controlli indiretti. Il sistema, così come delineato, presenta un punto debole che non deve rappresentare un'aporia sistemica. Tale intrinseca fragilità è data dal fatto che i controlli indiretti “*proprio perché molteplici, articolati e diffusi, contengono in sé maggiori risorse di feedback e quindi di autocorrezione, ma, proprio perché si fondano sui controlli diretti e, quindi,*

---

*funzioni ad uno o più organi deve essere ripensata, interrogandosi se (i) debba trattarsi di competenza da assegnarsi ad un unico organo oppure (ii) da imputarsi a più organi in un'ottica “policentrica” (iii) oppure invece da razionalizzarsi con più precise attribuzioni di competenze e con specifiche regole di coordinamento”.*

<sup>67</sup> P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni in tema di controllo*, cit., p. 309 ss.; P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, cit.; ID., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, cit., p. 541. Sempre P. MONTALENTI nel corso del Convegno tenutosi a Napoli, il 20 gennaio 2012, dal titolo “*Controlli interni e profili di responsabilità nelle società di capitali*” ha sostenuto il passaggio dal concetto di controllo come elemento di verifica *ex post* al controllo come “*elemento di opportunità*”.

<sup>68</sup> Si veda P. MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, cit., p. 542.

<sup>69</sup> Si pensi, ad esempio, all'attività di sorveglianza svolta dai soci nei confronti del consiglio di amministrazione e da questo sui delegati. P. MONTALENTI, *op. ult. cit.*, p. 542, riporta il seguente esempio: “*l'amministratore delegato riceve i report del preposto al sistema di controllo interno, questi le informazioni dei propri sottoposti, il consiglio di amministrazione – per effettuare la valutazione di adeguatezza – le attestazioni di conformità degli organi delegati, validate dal preposto al controllo interno e dal collegio sindacale, che sugli assetti organizzativi deve vigilare con atti di ispezione sì ma, anch'esso, prevalentemente, attraverso un'attività di sorveglianza indiretta*”.

<sup>70</sup> Cfr. P. MONTALENTI, *op. ult. cit.*, p. 542.

# STUDI E OPINIONI

## DOVERE DI VIGILANZA E MODALITÀ DI ESERCIZIO

*sul presupposto della loro efficacia, rischiano anch'essi, un default a catena, in caso di carenza o di inefficacia di questi*<sup>71</sup>.

Da ultimo si ritiene opportuno, sempre sulla base delle considerazioni di illustre dottrina<sup>72</sup>, delineare la distinzione tra nozione di controllo e di vigilanza. Il controllo rappresenta uno strumento di esercizio dell'impresa e richiama dispositivi di verifica maggiormente pervasivi e stringenti, mentre la vigilanza può essere considerata come attività di supervisione generale, sintetica e, tendenzialmente, indiretta. Si potrebbe portare l'esempio del dovere di vigilanza spettante al consiglio di amministrazione, come *plenum*, nei confronti dei delegati (*ex art. 2381, 3° e 6° comma, c.c.*) rispetto al controllo in senso proprio, più pervasivo e diretto, attribuito all'organo di controllo interno [*ex artt. 2403; 2409-terdecies, 1° comma, lett. c); 2409-octiesdecies, 5° comma, lett. b), c.c.*].

---

<sup>71</sup> Testualmente P. MONTALENTI, *op. ult. cit.*, p. 543.

<sup>72</sup> Si veda P. MONTALENTI, *op. ult. cit.*, p. 540; ID., *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, cit.

# FONDAZIONI E TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

*La trasformazione eterogenea da e in fondazioni, introdotta dalla novella del 2003, ha rappresentato uno strumento innovativo a servizio degli operatori economici e giuridici. Il presente approfondimento descrive il quadro normativo di riferimento, analizzando la fattispecie alla luce delle ricostruzioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza.*

di **GABRIELE VARRASI**

### **1. La disciplina e il principio di continuità**

La trasformazione eterogenea di fondazione in società lucrativa rappresenta una fattispecie che “non solo continua a essere bisognosa di approfondimenti interpretativi della normativa di settore, ma che offre ulteriori spazi per la rilettura della disciplina generale della fondazione stessa in una diversa prospettiva sistematica, con un conseguente ampliamento delle potenzialità funzionali dell’ente in chiave applicativa”<sup>1</sup>.

Il “processo di dilatazione dell’istituto”<sup>2</sup> della trasformazione, pur avviato da alcuni anni sulla scia di una serie di leggi speciali<sup>3</sup>, non si era spinto così avanti da

<sup>1</sup> G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, Milano, 2010, p. 87 e ss.

<sup>2</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, in *Notariato e nuovo diritto societario*, a cura di G. Laurini, II ed., Milano, 2011, p. 413

<sup>3</sup> Legge n. 91/1981 relativa alle società sportive; legge n. 218/1990 in materia di assunzione della forma di società per azioni da parte delle banche pubbliche; legge n. 35/1992 sulla trasformazione degli enti pubblici economici; legge n. 142/1990 che ha consentito la trasformazione degli enti comunali di consumo in società per azioni; legge n. 84/1994 che ha introdotto due ipotesi di trasformazione: delle organizzazioni portuali, delle compagnie e gruppi portuali. Tali leggi riconducevano all’istituto della trasformazione vicende modificative di enti di natura diversa, conducendo di fatto a una maggior valorizzazione della funzione dello stesso e ad una visione evolutiva del principio di continuità già affermato nell’art. 2498 c.c. Le fattispecie considerate dalle leggi richiamate sono state oggetto di attenta analisi da parte della dottrina, al fine di vagliare se in effetti realizzassero ipotesi di trasformazione in senso tecnico oppure se, malgrado la terminologia utilizzata dal legislatore, si fosse estranei alla fattispecie. In proposito: G. CABRAS, *La trasformazione*, in *Trattato delle Società per Azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 7, Torino, 1997, p. 48 ess.; L. DE ANGELIS, *La trasformazione delle società*, in *Trasformazione, fusione, scissione, opa, società quotate*, in *Trattato teorico - pratico delle società*, a cura di G. Sciano di Pepe, 1999, p. 4 e ss. ; M. SARALE, *Trasformazione e continuità dell’impresa*, Milano, 1996, p. 213. Si ricorda che secondo la ricostruzione tradizionale, fondata anche sulla collocazione dell’istituto nel sistema del Codice

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

consentire il “travalicare del limite della persistenza dell’originario contratto associativo, fino a coinvolgere nella metamorfosi strutturale e funzionale, organizzazioni prive di base plurisoggettiva come le fondazioni, nelle quali è netto e irreversibile il distacco dalla persona dei fondatori”<sup>4</sup>.

Così, analizzando le opere della dottrina<sup>5</sup> e i repertori giurisprudenziali<sup>6</sup> anteriori alla riforma<sup>7</sup>, non si ritrovano che rari cenni fugaci alla fattispecie, volti tendenzialmente a negarne l’ammissibilità<sup>8</sup>.

L’analisi della novella, rileva che “l’avvento di un istituto così innovativo è stato accompagnato da una disciplina specifica esigua, se non laconica, racchiusa nell’art. 2500 octies, c.c. composta di tre soli precetti”<sup>9</sup>:

1) la dichiarazione di legittimità espressa dal catalogo contenuto nel comma 1;

2) l’affidamento della competenza a decidere la modifica funzionale e strutturale dell’ente all’autorità amministrativa su proposta di un organo dell’ente medesimo (comma 4);

---

Civile, la trasformazione doveva qualificarsi come mera modifica del contratto sociale consistente nel cambiamento del tipo e come tale non idonea a fondare un mutamento della causa negotii: M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 413. In dottrina il problema della trasformazione eterogenea è stato affrontato in maniera approfondita da: M. SARALE, *Trasformazione e continuità dell’impresa*, Milano, 1996, p. 213; O. CAGNASSO, *La trasformazione delle società*, in *Il codice civile*, Commentario, diretto da Schlesinger, Milano, 1990, p. 56 e ss; G. MARASA’, *Nuovi confini delle trasformazioni e fusioni nei contratti associativi*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 314 e ss.; G. TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1985, p. 188 e ss.

<sup>4</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 414

<sup>5</sup> Anche la dottrina che ammetteva il superamento della barriera causale non affrontava il tema della trasformabilità della fondazione in società, limitandosi a valutare il fenomeno dalla visuale dell’associazione: G. MARASA’, *Nuovi confini delle trasformazioni e fusioni nei contratti associativi*, op. cit., 1994, p. 311; M. SARALE, *Trasformazione e continuità dell’impresa*, op. cit. p. 88

<sup>6</sup> Sembrerebbe l’unico precedente giurisprudenziale in tema affine: decreto del Tribunale di Ravenna in data 16 ottobre 2002, in *Società*, 2003, p. 446: ammette esplicitamente la fusione di una società di capitali in una fondazione

<sup>7</sup> Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 17 del 22 gennaio 2003 - Supplemento Ordinario n. 8

<sup>8</sup> D. VITTORIA, *Il cambiamento del “tipo” per gli enti del Libro I del Codice Civile*, in *Contratto e Impresa*, 1992, p. 1165: “le vere barriere sono proprio lo scopo ideale per associazioni e fondazioni e, lo scopo economico per le società, senza che si possa verificare una libera osmosi tra le forme organizzative del I e del V Libro”

<sup>9</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 414

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

3) la regola di assegnazione delle partecipazioni della società risultante dalla trasformazione (comma 4).

L'unica norma estranea all'articolo citato è rintracciabile nell'art. 223 octies, disp. att., c.c., che segna i limiti alla trasformabilità, "anche" delle fondazioni costituite anteriormente all'entrata in vigore della riforma.

La "topografia codicistica"<sup>10</sup> assume un valore determinante, poiché esplicita che la fattispecie in esame partecipa al *genus* trasformazione e alla *species* trasformazione eterogenea, da cui consegue la sua soggezione a tre livelli di disciplina<sup>11</sup>:

- 1) alle norme generali sulla trasformazione: articoli 2498, 2499, 2500 et 2500 bis, c.c.;
- 2) alle norme generali sulla trasformazione eterogenea;
- 3) alle norme particolari contenute nell'art. 2500 octies, comma 4, c.c..

Gli articoli dal 2498 al 2500 bis, c.c. formano un sistema classificato come "disciplina generale della trasformazione", in quanto, suscettibile di applicazione diretta a ogni ipotesi di mutamento della struttura organizzativa di un ente<sup>12</sup>.

Per tale motivo, tali norme si applicheranno anche alla trasformazione di fondazione in società, a cominciare dalla regola della continuità nei rapporti giuridici attivi e passivi, sostanziali e processuali, di cui all'art. 2498 c.c. e, con la sola eccezione del comma 3 dell'art. 2500, c.c. in tema di efficacia della trasformazione, soccombente rispetto alla disciplina specifica contenuta nell'art. 2500 novies, c.c.<sup>13</sup>.

Il secondo livello di disciplina è composto dalle norme che risultano applicabili, direttamente o per analogia, a tutte o comunque a una pluralità di casi di trasformazione eterogenea e che, per tale motivo assumono il connotato della generalità, tra cui senza

---

<sup>10</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 415

<sup>11</sup> M. MALTONI, *La trasformazione eterogenea in generale*, in *Notariato e nuovo diritto societario*, a cura di G. Laurini, II ed., Milano, 2011, p. 263 e ss.; G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 93

<sup>12</sup> M. SARALE, *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Torino, 2004, p. 2273 e ss.; C.G. CORVESE, *Commento all'art. 2500 octies*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 401; F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione, scissione*, in *AA.VV., Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, p. 323; G. FRANCH, *Commento all'art. 2500 septies*, op. cit., p. 301 e ss.; A. CETRA, *Le trasformazioni "omogenee" e "eterogenee"*, in *Il nuovo diritto societario, Liber amicorum G. F. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2007, p. 175; E. CIVERRA, *Le operazioni di trasformazione*, Milano, 2004, p. 129; M. MALTONI, *La trasformazione eterogenea in generale*, op. cit., p. 264. Così anche la Massima n. 20 del Consiglio Notarile di Milano

<sup>13</sup> G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 116 e ss.; M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 416

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

dubbio l'art. 2500 novies, c.c.<sup>14</sup>.

Si osserva che un'altra norma sembrerebbe applicabile in via analogica: l'art. 2500 ter, comma 2, c.c., il quale impone che il capitale della società per azioni o in accomandita per azioni o a responsabilità limitata risultante dalla trasformazione sia determinato mediante una relazione di stima redatta a norma degli artt. 2343 o 2465 c.c., sulla base dei valori attuali degli elementi dell'attivo e del passivo<sup>15</sup>.

Il terzo ed ultimo livello di disciplina è rappresentato dalle norme specificamente dedicate alla trasformazione in esame nell'art. 2500 octies, ultimo comma, c.c., nonché nell'art. 223 octies, disp. att., c.c.<sup>16</sup>.

### 2. I Presupposti

La dottrina<sup>17</sup> si è chiesta preliminarmente, se fosse necessaria una previsione espressa del fondatore al fine di poter addivenire a una trasformazione eterogenea della fondazione.

Secondo un orientamento, uno dei tratti caratterizzanti la fattispecie, dovrebbe essere reperito nella necessaria presenza di una manifestazione di volontà da parte del fondatore, senza la quale, la trasformazione eterogenea non potrebbe realizzarsi. A tale conclusione si giungerebbe attraverso la previsione dell'ultimo comma dell'art. 2500 octies, c.c.: “la trasformazione è disposta dall'autorità governativa su proposta dell'organo competente”. Proprio l'organo competente agisce, nella fondazione, adempiendo un ufficio, che è quello di attuare la volontà del fondatore, che pertanto dovrebbe aver espressamente autorizzato il mutamento organizzativo e funzionale dell'ente<sup>18</sup>.

La tesi non sembra condivisibile, in quanto si introdurrebbe un limite non previsto legalmente alla trasformabilità dell'ente, ponendosi anche in contrasto con la

<sup>14</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 416

<sup>15</sup> G. CABRAS, *La trasformazione*, op. cit., p. 169; O. CAGNASSO, *La trasformazione delle società*, op. cit., p. 125. La Dottrina aziendalistica afferma che la relazione in oggetto è necessaria in considerazione della diversità delle regole di rappresentazione contabile nei differenti tipi di enti: G. SAVIOLI, *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 2003, p. 50

<sup>16</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 417

<sup>17</sup> Contra G. IORIO, *La trasformazione eterogenea di fondazioni*, in *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni (Riforma del diritto societario e enti no profit)*, a cura di Zoppini e Maltoni, *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2007, p. 25 e ss.

<sup>18</sup> G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 186: il consenso potrebbe anche non essere presente nello statuto; ad esempio il fondatore potrebbe egli stesso risiedere nel C.d.A. e proporre egli stesso la trasformazione; A. FUSARO, *La trasformazione a e in fondazione di partecipazione*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il notariato*, Milano, 2007, p. 49

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

funzione dell'istituto in esame<sup>19</sup>.

La conclusione raggiunta, infatti, farebbe emergere un divieto, implicito, rappresentato dall'assenza di un'autorizzazione espressa del fondatore. Questa limitazione non trova cittadinanza in alcuna disposizione positiva<sup>20</sup>. Né sembra che all'art. 223 octies, disp. att., c.c., debba ascriversi un valore precettivo limitato alla questione del godimento o meno di contributi pubblici o privati, tale quindi da non escludere la coesistenza di un ulteriore limite implicito alla trasformabilità dell'ente, ossia la mancanza di una manifestazione di volontà favorevole del fondatore, limite quest'ultimo invalicabile a differenza dell'altro, per superare il quale è sufficiente che siano previamente versate le relative imposte.

In tal senso, la previsione del comma 2 della medesima disposizione, che vieta espressamente la trasformazione di cui al comma 1 alle fondazioni bancarie, dimostra quindi che se il legislatore avesse inteso esprimersi in senso negativo non sarebbe stato reticente sul punto, né avrebbe introdotto una norma, quella del comma 1, che letta a confronto con il comma 2, suona chiaramente in senso concessivo.

Inoltre, pare altresì incoerente con l'istituto della trasformazione postulare la necessità prognostica dello stesso<sup>21</sup>.

### 3. L'atto di trasformazione

In virtù di quanto statuito ex art. 2500 octies, ultimo comma, c.c., “la trasformazione di fondazioni è disposta dall'autorità governativa, su proposta dell'organo competente”. Si intuisce che ci si trova di fronte ad un procedimento incardinato su due atti: l'uno di natura amministrativa, da cui sembra generarsi la modificazione strutturale e funzionale dell'ente e pertanto assimilabile, *quoad effectum*, all'atto negoziale di trasformazione; l'altro espressione dell'organizzazione della fondazione, che appare declassato a mero presupposto propulsivo<sup>22</sup>.

Agli interpreti sorge a questo punto il dilemma se la trasformazione sia effetto del provvedimento amministrativo, oppure, se quest'ultimo svolga un ruolo di *condicio iuris* per il dispiegarsi degli effetti dell'atto dell'organizzazione dell'ente.

Sembra necessario rilevare, che tale fattispecie è parte di un corpo normativo che da un lato già contempla l'istituto della trasformazione, cui è dedicato l'art. 28 c.c. e,

---

<sup>19</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 418

<sup>20</sup> Per un Autore, così ragionando, si arriverebbe inoltre, a un risultato contraddittorio con il dato normativo: a dispetto della previsione contenuta nell'art. 223 octies, disp. att., c.c., che esclude la trasformabilità delle fondazioni costituite in data anteriore alla riforma del diritto societario. G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 196: “può concludersi che le fondazioni costituite in data anteriore alla riforma non abbiano la legittimazione a proporre la trasformazione eterogenea”

<sup>21</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 418

<sup>22</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 419

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

dall'altro, legittima e regola, almeno sotto l'aspetto procedimentale, le modifiche statutarie, in virtù di quanto disposto dall'art. 2 del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361.

Secondo l'interpretazione prevalente<sup>23</sup>, la trasformazione ammessa all'art. 28 c.c. consiste in un mero mutamento dello scopo originario, ispirata dalla ratio correttiva dell'eccessiva rigidità che ne deriverebbe da un assoluto ed invalicabile rispetto della volontà cristallizzata nell'atto costitutivo.

La funzione dell'istituto viene armonizzata con i tratti tipologici della fondazione e, in particolare, con il principio dell'immutabilità dello scopo e della sua indisponibilità da parte, sia del fondatore, sia di altri organi dell'ente<sup>24</sup>.

A tale indisponibilità dello scopo consegue, per coerenza, che ogni modifica dello stesso, se ammessa dalla legge, può essere affidata non a un atto dell'autonomia privata, anche se sottoposto al placet amministrativo, bensì ad un provvedimento della stessa Pubblica Amministrazione<sup>25</sup>.

Quindi, tradizionalmente si è sostenuto che, stante l'effetto prodotto, la trasformazione della fondazione ex art. 28 c.c. debba essere disposta dall'autorità amministrativa, assegnandosi mero valore di proposta all'eventuale deliberazione in tal senso di un organo della fondazione stessa<sup>26</sup>.

La trasformazione in società di capitali realizza anch'essa una fattispecie che determina una modifica, al contempo, funzionale e organizzativa dell'ente.

La possibilità di modificare lo statuto della fondazione è oggi testualmente ammessa all'art. 2 del d.P.R. n. 361/2000: le modifiche statutarie "sono approvate" dalla pubblica autorità, previa verifica del rispetto delle disposizioni statutarie inerenti il procedimento di modifica dello statuto.

Tecnicamente la nozione di approvazione si riferisce a quell'atto che la Pubblica Amministrazione emana nell'esercizio di una funzione di controllo e, tramite il quale, valuta l'opportunità e la convenienza di un altro atto già formato e perfetto, di cui ne condiziona l'efficacia<sup>27</sup>.

Quindi, la modifica statutaria sarebbe l'effetto di un atto proprio dell'organo della fondazione; l'autorità amministrativa, svolgerebbe invece una funzione di controllo, verificando la legittimità dell'atto stesso sotto il duplice profilo della conformità alla legge ed allo statuto, nell'esercizio di un'attività, *latu sensu*, omologatoria<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> P. RESCIGNO, *Fondazione*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1968, p. 808

<sup>24</sup> F. GALGANO, *Persone giuridiche*, Commentario del Codice Civile Scialoja Branca, Bologna Roma, II ed., 1969, p. 357

<sup>25</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 421

<sup>26</sup> F. GALGANO, *Persone giuridiche*, op. cit., p. 357

<sup>27</sup> D. SORACE, voce *Approvazione*, in *Digesto IV, Discipline Pubblicistiche*, V, Torino, 1987, p. 333

<sup>28</sup> M. BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti,

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

L'approvazione, con la conseguente iscrizione nel Registro delle Persone Giuridiche, opererebbe come condicio iuris di efficacia della deliberazione modificativa<sup>29</sup>.

Essendo effetto di un atto dell'organizzazione dell'ente, la modifica statutaria rappresenta, quindi, una manifestazione dell'autonomia privata, seppur compressa dal limite di efficacia costituito dall'approvazione amministrativa<sup>30</sup>.

Il controllo pubblico, quindi, attiene non tanto all'an della modifica, quanto piuttosto al quomodo<sup>31</sup>.

La trasformazione di fondazione in società di capitali appare come una vicenda prodotta da un atto assunto unilateralmente dalla Pubblica Amministrazione ed idoneo ad incidere su delle situazioni giuridiche private: si realizza una riqualificazione autoritativa ed amministrativa dell'ente<sup>32</sup>.

Quindi, non si assisterebbe, nella circostanza, alla mera approvazione da parte della pubblica autorità di un atto dell'autonomia privata, perfetto, ma incapace di produrre autonomamente i suoi effetti; tant'è che la legge qualifica l'atto degli amministratori come mera proposta.

Pertanto, non sarebbe condivisibile la tesi secondo cui "l'autorità amministrativa effettua un controllo di stretta legalità, a somiglianza di quello che accade nell'ipotesi dell'art. 2 del D.P.R. 361/2000, con la conseguenza di essere tenuta a consentire la trasformazione allorché il controllo abbia esito positivo, soprattutto con riferimento all'espressa volontà del fondatore"<sup>33</sup>.

La necessaria manifestazione di volontà degli amministratori, integrata dalla richiesta proveniente dall'organo della fondazione ai sensi dell'art. 2500 octies c.c., rileva "sul piano procedimentale, ma non riduce il carattere autoritativo dell'atto amministrativo, che sembra presentare dunque le caratteristiche di un provvedimento tout court, ossia di un atto di disposizione in ordine all'interesse pubblico che l'amministrazione deve perseguire in via unilaterale e che incide in altrui situazioni soggettive"<sup>34</sup>.

---

Milano, 2003, p. 170 e ss.

<sup>29</sup> D. VITTORIA, Il cambiamento del "tipo" per gli enti del Libro I del Codice Civile, op. cit., p. 1165; M.V. DE GIORGI, La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel primo libro del c.c., in Nuove leggi civ. comm., 2000, p. 1333

<sup>30</sup> M. MALTONI, Fondazioni e trasformazione eterogenea, op. cit., p. 422

<sup>31</sup> D. VITTORIA, Il cambiamento del "tipo" per gli enti del Libro I del Codice Civile, op. cit., p. 1157

<sup>32</sup> P. SPADA, Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre, Scritti in onore di V. Buonocore, Milano, 2005, p. 3893

<sup>33</sup> G. IORIO, Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni, op. cit., p. 100

<sup>34</sup> E. CASSETTA, voce Provvedimento ed atto amministrativo, in Digesto IV, XII, Torino, 1997, p. 248

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

La trasformazione della fondazione “non è effetto dell’atto dell’organo dell’ente, ma solo del provvedimento amministrativo”<sup>35</sup>.

Per cui, anche se il procedimento è attivato su iniziativa dell’organo statutariamente competente della fondazione, la pubblica autorità “conserva piena discrezionalità nel valutare anche l’opportunità della trasformazione, realizzandosi così la piena coerenza sistematica con il principio dell’immutabilità e dell’indisponibilità dello scopo da parte degli organi fondazionali, che connota tipologicamente l’ente”<sup>36</sup>.

Al riconoscimento della natura esclusivamente amministrativa dell’atto di trasformazione conseguono alcuni corollari.

Poiché il requisito formale richiesto nel comma 1 dell’art. 2500 c.c. deve ritenersi soddisfatto dall’atto amministrativo, non sembrerebbe necessaria la redazione in forma di atto pubblico notarile della proposta di trasformazione proveniente dall’ente<sup>37</sup>.

L’atto amministrativo non agisce nella fattispecie quale mera condizione legale per il prodursi di effetti nascenti dall’atto dell’organizzazione, ma, è lui stesso fonte dell’effetto modificativo dell’ente. L’atto dell’organizzazione svolge una funzione meramente propositiva e propulsiva, interna al procedimento amministrativo e, pertanto, non essendo direttamente produttivo di un effetto modificativo, non soggiace al principio per il quale le modificazioni delle regole organizzative della fondazione devono risultare da un verbale redatto da notaio in forma pubblica, essendo modifiche di un atto per il quale è prevista la forma pubblica ad substantiam a norma dell’art. 14 c.c.<sup>38</sup>.

Nell’eventualità che si abbracciasse l’ipotesi per cui non sarebbe necessario l’intervento notarile in tale procedimento, si dovrebbe però ritenere che spetterebbe allora, all’autorità amministrativa, la valutazione circa la legittimità delle clausole statutarie della società di capitali derivante dalla trasformazione così come proposte dall’organo competente, in quanto le stesse integreranno il provvedimento amministrativo<sup>39</sup> di trasformazione<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 423; G. FRANCH, *Commento all’art. 2500 octies*, in *Trasformazione, fusione e scissione*, Commentario alla riforma delle società, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2006, p. 394

<sup>36</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 423; M. STELLA RICHTER, *Forma e contenuto dell’atto costitutivo della società per azioni*, in *Trattato delle Società per Azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2004, p. 176

<sup>37</sup> G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 102. Salvo che si voglia, nell’ambito dell’autonomia privata, assegnare alla proposta le caratteristiche proprie di un atto pubblico

<sup>38</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 424. Contra G. FRANCH, *Commento all’art. 2500 octies*, op. cit., p. 397

<sup>39</sup> Che comunque si deve ritenere estraneo al controllo notarile

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

Appare interessante quindi indagare in merito ai poteri e ai limiti dell'autorità amministrativa.

Si potrebbe incominciare da un confronto sistematico con la trasformazione disciplinata nell'art. 28 c.c.

Tale disposizione prevede quattro ordini di limitazione dell'azione amministrativa<sup>41</sup>:

1) il necessario verificarsi di una causa di estinzione dell'ente<sup>42</sup>; l'incipit dell'art. 28 c.c., infatti, autorizza il mutamento quando lo scopo della fondazione è esaurito, o divenuto impossibile o di scarsa utilità o il patrimonio è divenuto insufficiente;

2) l'assenza di un'indicazione dell'atto di fondazione che identifichi in tali fatti una causa di estinzione dell'ente e di devoluzione dei beni a terzi; si sancisce così la prevalenza della volontà del fondatore di rendere ineludibile lo scopo perseguito tramite la fondazione;

3) la natura particolare dello scopo, come nel caso di fondazioni di famiglia, a prescindere da specifiche prese di posizione nell'atto di fondazione a mente di quanto sopra detto;

4) la regola per la quale, disponendo la trasformazione, la pubblica autorità deve allontanarsi il meno possibile dalla volontà del fondatore.

Come sopra ricordato, la dottrina, tradizionalmente ravvisa nella trasformazione ai sensi dell'art. 28 c.c., una deroga al principio dell'immutabilità dello scopo della fondazione.

Al contempo "i limiti descritti all'azione amministrativa evidenziano l'intento di attenuare il più possibile il superamento della volontà iniziale del fondatore, cercando un compromesso fra il rispetto di quest'ultima e l'interesse pubblico alla funzionalità dell'ente e alla conservazione del vincolo di destinazione impresso al patrimonio"<sup>43</sup>.

Nessuno dei limiti sanciti nell'art. 28 c.c. all'azione amministrativa è riproposto letteralmente nell'art. 2500 octies, c.c.

Delle due l'una: o si privilegia una sensibilità allo scopo ideale voluto dal fondatore e quindi, si procede all'applicazione analogica dei limiti fissati dall'art. 28 c.c.; oppure si privilegiano le ragioni dell'impresa, ammettendo quindi la modificabilità discrezionale della struttura organizzativa, al fine di renderla maggiormente funzionale alle esigenze di essa stessa, potendo anche porre fine all'esperienza, ideale, condotta per mezzo dello schema della fondazione<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> A. PAVONE LA ROSA e G. L. NIGRO, Il procedimento di costituzione della società per azioni, in Trattato delle Società per Azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2004, p. 380

<sup>41</sup> M. MALTONI, Fondazioni e trasformazione eterogenea, op. cit., p. 425

<sup>42</sup> Oppure di revoca del riconoscimento: F. GALGANO, Persone giuridiche, op. cit., p. 358

<sup>43</sup> M. MALTONI, Fondazioni e trasformazione eterogenea, op. cit., p. 425

<sup>44</sup> M. MALTONI, Fondazioni e trasformazione eterogenea, op. cit., p. 426

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

Le conseguenze legate alla seconda tesi, possono essere mitigate alla luce di una valutazione complessiva delle norme contenute nell'art. 2500 octies, c.c. e, in particolare, mediante un'adeguata valorizzazione sistematica dell'ultimo comma del medesimo articolo.

Infatti, in mancanza di una diversa indicazione contenuta nell'atto di fondazione, le azioni o quote della società di capitali risultanti dalla trasformazione sono assegnate secondo le disposizioni dell'art. 31 c.c.

A sua volta, l'art. 31 c.c., dispone che i beni della fondazione che residuano dalla sua liquidazione sono devoluti in conformità dell'atto costitutivo (comma 1); in mancanza, provvede l'autorità governativa, attribuendo i beni ad altri enti che perseguono fini analoghi (comma 2).

Se si legge bene l'incipit dell'ultimo comma dell'art. 2500 octies c.c., “richeggia la salvezza dell'autonomia privata sancita nel comma 1 dell'art. 31 c.c.; il rinvio acquista significato se riferito, quale criterio suppletivo, al comma 2 di quest'ultimo articolo”<sup>45</sup>.

La struttura normativa consegna quindi un quadro sistematico sostanzialmente coerente al principio del rispetto della volontà di destinazione espressa dal fondatore nell'atto costitutivo<sup>46</sup>.

Nel caso si proceda alla trasformazione ex art. 28 c.c., l'autorità amministrativa dovrà discostarsi il meno possibile dalla volontà del fondatore, assegnando le partecipazioni nel senso indicato dal fondatore o comunque, nel silenzio dell'atto costitutivo, solo a enti che perseguono finalità analoghe a quelle della fondazione originaria.

La trasformazione in società di capitali “risulta coerente, per le sue modalità attuative, ai principi che fondano la disciplina della fondazione, per cui non sembra ravvisabile nella circostanza, alcuna lacuna normativa da colmare mediante l'applicazione analogica dell'art. 28 c.c.”<sup>47</sup>.

Non applicando alla fattispecie in esame le disposizioni ex art. 28 c.c.<sup>48</sup>, si potrebbe sostenere che, la trasformazione in società di capitali, muova da premesse

<sup>45</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 426. Contra G. FRANCH, *Commento all'art. 2500 octies*, op. cit., p. 397

<sup>46</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 426. Contra G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 210

<sup>47</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 427. La regola sembra rappresentare la soluzione di compromesso fra l'interesse a favorire lo sviluppo dell'impresa e la volontà di non tradire l'idealità del fondatore. M. SARALE, *Commento sub. art. 2500 octies*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 2298

<sup>48</sup> C.G. CORVESE, *Commento sub. art. 2545 octies*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 402

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

operative diverse rispetto alla trasformazione disciplinata nel Primo Libro, che si pone, per precisa scelta legislativa, come mera alternativa all'estinzione dell'ente e che per tale funzione è condizionata a rigidi presupposti<sup>49</sup>.

La giustificazione che legittima la decisione dell'autorità amministrativa di trasformare una fondazione in società di capitali "non deve essere ricercata necessariamente in uno stato di improcedibilità dello scopo in cui sia caduto l'ente, bensì nell'evolversi delle modalità di esercizio dell'attività strumentale al perseguimento dello scopo, attività che presenta con stabilità, le caratteristiche dell'impresa secondo la definizione offerta dall'art. 2082 c.c., la cui efficienza, pertanto, postula l'adozione di strutture organizzative diverse"<sup>50</sup>.

Da quanto statuito ex art. 2500 octies c.c., emergerebbe una preclusione a un'iniziativa autonoma della pubblica autorità.

Il rigore di tale assunto dovrebbe mitigarsi qualora lo scopo della fondazione sia esaurito o divenuto impossibile o di scarsa utilità o il patrimonio sia divenuto insufficiente.

Non si tratta di vagliare l'applicabilità analogica alla trasformazione in società delle condizioni previste nell'art. 28 c.c., ma, all'opposto, di accertare se, una volta verificatesi tali condizioni, la trasformazione di cui all'art. 2500 octies, c.c., possa aggiungersi alle facoltà alternative alla dichiarazione di estinzione dell'ente concesse dall'art. 28 c.c. all'autorità amministrativa.

La trasformazione de qua condivide con la trasformazione ex art. 28 c.c. il risultato: mutare l'organizzazione iniziale dell'ente.

In entrambe le norme il mutamento è effetto di un provvedimento dell'autorità pubblica e non di un atto dell'autonomia privata.

Inoltre, risulta opinione largamente condivisa che la trasformazione ex art. 28 c.c., consistendo in un mero mutamento dello scopo, possa attuarsi per il tramite di una pluralità di modifiche statutarie diverse tra loro: dalla modifica propriamente detta degli scopi sanciti nell'atto di fondazione, fino al mero mutamento della sede legale, quindi del territorio di riferimento, o alla fusione con altre fondazioni<sup>51</sup>. La letteratura più recente giunge a comprendere anche la trasformazione in associazioni<sup>52</sup>.

Se ne ricava che la nozione di trasformazione ex art. 28 c.c. è caratterizzata solo dall'effetto modificativo dello scopo e risulta estremamente elastica con riferimento alle

---

<sup>49</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 427

<sup>50</sup> L'indagine della P.A. dovrebbe fondarsi su di una diagnosi e non su di una prognosi: M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 427

<sup>51</sup> M. BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2003, p. 434

<sup>52</sup> D. VITTORIA, *Il cambiamento del "tipo" per gli enti del Libro I del Codice Civile*, op. cit., p. 1165 e ss.

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

tecniche attuative del risultato<sup>53</sup>.

### 4. I Limiti

In merito al divieto espresso circa la trasformazione in società di capitali delle associazioni che abbiano ricevuto contributi pubblici oppure liberalità o oblazioni del pubblico<sup>54</sup>, nulla è detto con riferimento all'ipotesi in cui l'ente da trasformare sia una fondazione.

Di qui il dubbio circa la possibile estensione alla trasformazione di fondazioni del divieto imposto per le associazioni nell'art. 2500 octies, c.c., dubbio alimentato in particolare dalla piena assimilazione operata dal legislatore fra associazione e fondazione rispetto al divieto, sostanzialmente identico, contenuto nell'art. 223 octies, disp. att., c.c.

Parte della dottrina ha giustificato tale diversità “facendo capo alla discrezionalità dell'autorità governativa cui, su proposta dell'organo competente (comma 4 dell'art. 2500 octies, c.c.) affida l'incarico di disporre la trasformazione”<sup>55</sup>.

Tale conclusione sarebbe corroborata dall'art. 32 c.c., che impedisce, in caso di trasformazione o scioglimento, la distrazione dei beni donati o lasciati con destinazione diversa dallo scopo proprio dell'ente<sup>56</sup>.

Quindi, la disciplina della trasformazione di fondazione in società di capitali “non sarebbe macchiata da alcuna lacuna sotto il profilo in esame”<sup>57</sup>.

Il più rigoroso regime previsto dall'art. 223 octies, disp. att., c.c. potrebbe giustificarsi con la volontà di tutela della buona fede e dell'affidamento dei terzi rispetto agli enti costituiti anteriormente all'entrata in vigore della riforma del diritto societario<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 428; A. FUSARO, *La trasformazione da e in fondazione di partecipazione*, op. cit., p. 46; M. SARALE, *Commento sub. art. 2500 octies*, op. cit., p. 229; A. CETRA, *Le trasformazioni “omogenee” e “eterogenee”*, in *Il nuovo diritto societario*, Liber amicorum G. F. Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2007, p. 183; Contra M. MALTONI e F. TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2005, p. 336

<sup>54</sup> G. MARASA', *Le trasformazioni eterogenee*, op. cit., p. 589; M. SARALE, *Commento sub. art. 2500 septies*, op. cit., p. 2295; E. TRADII, *Trasformazione eterogenea in cui intervengono enti no profit: trasformazione da associazione in società di capitali e viceversa*, op. cit., p. 60; G. FRANCHI, *Commento all'art. 2500 septies*, op. cit., p. 341

<sup>55</sup> A. FUSARO, *Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul “terzo settore”*, in *Contratto e Impresa*, 2005, p. 298

<sup>56</sup> A. FUSARO, *Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul “terzo settore”*, op. cit., p. 298

<sup>57</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 429

<sup>58</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 430

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

Nello scenario, tuttavia, permangono alcune perplessità sulla coerenza dell'apparato normativo.

L'alternativa interpretativa pare rappresentata da un'applicazione analogica alla trasformazione di fondazione, del divieto contenuto nell'art. 2500 octies, c.c. per la trasformazione di associazione, facendo leva sulla ratio ravvisabile nella tutela dell'affidamento dei terzi, enti pubblici o soggetti privati, circa la destinazione delle risorse offerte ai fini ideali, per le quali sono state richieste o comunque prestate<sup>59</sup>.

Da tale premessa, si potrebbe convenire sulla necessità di estendere il medesimo limite anche alle fondazioni, che condividono con le associazioni il perseguimento di finalità ugualmente ideali, tramite una diversa forma organizzativa, ma avvalendosi dei medesimi canali di finanziamento.

Tale prospettiva, condivisibile, confligge però con il dato normativo ex art. 2500 octies, c.c.

Sarebbe allora opportuno che, rispetto agli enti costituiti anteriormente alla riforma, l'azione dell'autorità amministrativa incontri limiti maggiori, in quanto non potrà disporre della trasformazione in società di capitali che cagioni distrazione dei fondi o dei valori creati con contributi pubblici<sup>60</sup>.

Le norme contenute nell'art. 2500 octies, c.c. non esauriscono la disciplina della trasformazione eterogenea di fondazione in società di capitali.

Si applicano anche le norme sulla trasformazione in generale (artt. 2498, 2499, 2500 et 2500 bis, c.c.), nonché le disposizioni dettate per la trasformazione eterogenea tout court.

Per parte della dottrina, la disciplina positiva deve essere integrata tramite l'applicazione analogica del comma 2 dell'art. 2500 ter, c.c., ai sensi del quale il capitale della società per azioni o in accomandita per azioni o a responsabilità limitata risultante dalla trasformazione deve essere determinato mediante una relazione di stima redatta a norma degli artt. 2343 o 2465 c.c., sulla base dei valori attuali degli elementi dell'attivo e del passivo<sup>61</sup>.

La necessità di avvalersi di una relazione di stima nasce dalla constatazione dell'esistenza di diverse regole di rappresentazione contabile delle attività e delle

---

<sup>59</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 430

<sup>60</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 431

<sup>61</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 431. Comunemente si ritiene che la relazione di stima sia funzionalmente diretta ad accertare il valore effettivo del patrimonio netto della società di persone da trasformare, al fine di assicurare soci e terzi, che l'entità del medesimo è quantomeno sufficiente a coprire il capitale sociale imposto dalla legge per il tipo adottato: G. CABRAS, *La trasformazione*, op. cit., p. 169; L. DE ANGELIS, *La trasformazione delle società*, op. cit., p. 48; O. CAGNASSO, *La trasformazione delle società*, op. cit., p. 125

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

passività sociali, valevoli per le società di persone rispetto alle società di capitali<sup>62</sup>.

Al movente logico che ispira la norma dell'art. 2500 ter, comma 2, c.c., consegue che medesima esigenza ricorre in ogni caso di trasformazione in cui la struttura organizzativa di partenza non soggiace per legge agli stessi principi contabili e alle medesime regole di bilancio previste per le società di capitali.

Quindi, anche solo a fini tuzioristici e per una migliore tutela dei terzi, si reputa opportuno anche in questa sede la redazione di una relazione di stima redatta da un esperto ex artt. 2343 o 2465 c.c.<sup>63</sup>.

### 5. L'autonomia privata

La natura amministrativa del procedimento di trasformazione in esame, porta a domandarsi quale sia l'ampiezza riservata all'autonomia privata.

L'art. 2500 octies, c.c. sembra invocare il coinvolgimento dell'autonomia privata, laddove stabilisce che la proposta dell'organo competente dell'ente sia prodromica all'attivazione del procedimento amministrativo.

Secondo una parte della dottrina, la carenza nell'atto di fondazione di un'indicazione circa l'organo competente a presentare la proposta, impedirebbe all'ente la trasformazione, in virtù proprio dell'assenza di una disciplina legale suppletiva<sup>64</sup>.

L'esperienza storica e pratica sembrano tuttavia consentire soluzioni interpretative diverse<sup>65</sup>.

Non vi è dubbio che la trasformazione costituisce una modifica dell'atto di fondazione, seppur qualitativamente caratterizzata dall'effetto derogatorio al principio d'immutabilità dello scopo.

Storicamente, inoltre, si è sempre riconosciuta la possibilità per gli amministratori di avanzare, con mero valore di proposta, richieste di trasformazione dell'ente ai sensi dell'art. 28 c.c., anche prima che fosse ammessa la modificabilità dell'atto di fondazione<sup>66</sup>.

Appare pertanto coerente con l'evoluzione storica dell'istituto ritenere che la competenza a richiedere la trasformazione in società di capitali possa essere ascritta all'organo genericamente competente, per statuto, a deliberare le modifiche dell'atto di

<sup>62</sup> G. SAVIOLI, *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 2003, p. 50

<sup>63</sup> G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 138: tale relazione dovrà essere prodotta come documento integrante la proposta di trasformazione proveniente dall'organo della fondazione

<sup>64</sup> A. FUSARO, *La trasformazione da e in fondazione di partecipazione*, op. cit., p. 49

<sup>65</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 433

<sup>66</sup> M.V. DE GIORGI, *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel primo libro del c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 433; G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 312; Cons. Stato 10 agosto 1960, n. 1976, in *Cons. Stato*, 1961, I, p. 358

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

fondazione; nel silenzio, si dovrebbe ritenere che questa competenza spetti all'organo amministrativo<sup>67</sup>. Non sembrerebbe ostativo consentire che la stessa decisione sia deferita, nelle fondazioni cd. di partecipazione a base associativa, alla competenza della relativa assemblea<sup>68</sup>.

### 6. La volontà del fondatore

La dottrina ammette che il fondatore vieti volontariamente la possibilità di trasformazione in ente capitalistico<sup>69</sup>.

L'istituto ex art. 28 c.c., può autorizzare un'argomentazione a fortiori: se è possibile al fondatore inibire la trasformazione laddove sia diretta a evitare la dissoluzione dell'ente, a maggior ragione non sussisterebbero motivi per sottrarre all'autonomia privata la facoltà di escludere l'evoluzione in senso societario dell'ente medesimo, purché esercitata ab origine nel programma fondazionale<sup>70</sup>.

Non sarebbe da trascurare, tuttavia, che la soluzione proposta dall'art. 31 c.c., interviene normalmente nel momento in cui la fondazione ha compiuto la sua missione ed è recuperata con la tecnica del rinvio in caso di trasformazione in società di capitali per rispettare, in assenza di una sua diversa determinazione, le aspirazioni ideali del fondatore. Quindi è norma "che agisce in funzione suppletiva e, come tale, ponendosi naturalmente in posizione ancillare e subordinata alla diversa volontà del fondatore di vedere perseguito lo scopo con le regole e le caratteristiche proprie della fondazione"<sup>71</sup>.

La dottrina sembra ammettere la legittimità di una clausola dell'atto di fondazione che imponga la trasformazione in società di capitali quale unico rimedio possibile all'estinzione della persona giuridica<sup>72</sup>.

Se infatti il fondatore può impedire la trasformazione ex art. 28 c.c., elevando negozialmente i fatti che vi darebbero luogo, a causa di estinzione dell'ente, o può selezionare fra gli stessi quelli che legittimano la scelta dell'autorità a procedere al mutamento dello scopo, allo stesso modo potrà indirizzare l'azione amministrativa ancorando la sopravvivenza dell'ente alla sola possibilità di trasformazione in società di capitali<sup>73</sup>.

La stessa dottrina, sembra anche ammettere la legittimità di una clausola statutaria che imponga agli amministratori il dovere di presentare la richiesta di

<sup>67</sup> G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 203

<sup>68</sup> G. FRANCH, *Commento all'art. 2500 octies*, op. cit., p. 395

<sup>69</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 434; G. FRANCH, *Commento all'art. 2500 octies*, op. cit., p. 347

<sup>70</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 434

<sup>71</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 434

<sup>72</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 435; G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 186

<sup>73</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 435

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

trasformazione al verificarsi di precise e puntuali condizioni specificate dal fondatore<sup>74</sup>. A ben vedere, la norma statutaria si tradurrebbe in un'indicazione circa le modalità di perseguimento dello scopo.

Tali regole negoziali, non priverebbero la Pubblica Amministrazione della discrezionalità in ordine alla decisione, in presenza delle condizioni o dei fatti indicati dal fondatore, se trasformare o meno la fondazione.

Si tratta d'indagare fino a dove l'autonomia privata possa spingersi, giungendo fino all'estrema ratio di imporre la trasformazione, privando così della discrezionalità l'autorità amministrativa.

Il rinvio all'art. 31 c.c., viene giustificato dal fatto che il mutamento funzionale comporterebbe, pur nella continuità del centro di imputazione dei rapporti attivi e passivi, la sottrazione dalle regole tipizzanti la fondazione.

L'art. 27 c.c., consente al fondatore di prevedere nell'atto costitutivo specifiche cause di estinzione convenzionali<sup>75</sup>.

A nonna dell'art. 6 del d.P.R. n. 361/2000, l'avverarsi della causa di estinzione deve essere accertata dall'autorità amministrativa, su istanza di qualunque interessato o anche d'ufficio, al punto che non si è mancato di sostenere la natura costitutiva della dichiarazione di estinzione con la quale si apre la fase di liquidazione. Si evidenzia quindi, per dar luogo all'estinzione, la necessaria presenza di un provvedimento amministrativo.

L'analogia effettuale che può essere rintracciata fra la trasformazione in società di capitali e l'estinzione sembra non rendere improponibile il riconoscimento all'autonomia privata in tema di trasformazione delle medesime prerogative che la legge consente in tema di estinzione, con i medesimi effetti<sup>76</sup>.

Così come al fondatore è consentito inserire cause di estinzione volte alla dissoluzione dell'ente e quindi, alla cessazione del vincolo di destinazione del patrimonio allo scopo, così, al medesimo testatore, può essere riconosciuta la possibilità di stabilire specifiche cause di trasformazione dell'ente in società di capitali, cui seguirà il medesimo scioglimento del vincolo di destinazione impresso in origine al patrimonio di dotazione<sup>77</sup>.

Con il supporto della migliore dottrina, sembra concludersi la questione nel senso che, ben potrebbe il fondatore prevedere una clausola, per cui, alla scadenza della fondazione, anziché estinguersi, questa debba essere trasformata in società di capitali

---

<sup>74</sup> G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 191

<sup>75</sup> M.V. DE GIORGI, *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel primo libro del c.c.*, op. cit., p. 383

<sup>76</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 437

<sup>77</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 437

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

del tipo prescelto dal medesimo fondatore<sup>78</sup>.

### 7. Le fondazioni di famiglia

Secondo un orientamento, non sarebbe preclusa la trasformazione in società di capitali alle fondazioni “destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate”<sup>79</sup>.

Il divieto di trasformazione ex art. 28 c.c. è stato tradizionalmente letto come manifestazione dello “sfavore del legislatore per le fondazioni di famiglia: a differenza delle altre fondazioni che, in virtù dell’intervento dei pubblici poteri, possono sopravvivere al verificarsi di una causa estintiva, queste sono condannate all’estinzione: il patrimonio residuo sarà, a norma dell’art. 31 c.c., devoluto ad “enti che hanno fini analoghi” e sarà, in tal modo, definitivamente sottratto al vantaggio della famiglia”<sup>80</sup>.

Dottrina risalente, nell’ambito di un’analisi vertente la possibilità di avvalersi dello schema organizzativo - fondazione - per l’esercizio dell’attività di impresa, era giunta a negare che la fondazione dovesse perseguire solamente fini altruistici e di pubblica utilità; a questa conclusione si perveniva ragionando sulle disposizioni dettate nel titolo II del Libro Primo: nessuna di queste norme vieta ai fondatori di riservare a sé stessi o ai propri aventi causa “il diritto ai vantaggi realizzati attraverso la fondazione”<sup>81</sup>.

A tale orientamento si contrappose la tesi secondo la quale, i limiti all’autonomia privata “in termini di necessario perseguimento di fini di pubblica utilità” si potevano dedurre dal complesso normativo costituito dagli artt. 698 e 699 c.c. in materia di fedecommesso<sup>82</sup>.

Recentemente la dottrina ha mostrato, con sempre maggior frequenza, di non condividere il fondamento sistematico della conclusione contraria proposta, mettendo in

---

<sup>78</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 437: e si può anche ipotizzare l’inserimento di una clausola o di un termine all’avverarsi/scadere dal quale si dovrà addivenire alla trasformazione

<sup>79</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 438

<sup>80</sup> F. GALGANO, *Persone giuridiche*, op. cit., p. 359

<sup>81</sup> R. COSTI, *Fondazioni e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, p. 13

<sup>82</sup> F. GALGANO, *Persone giuridiche*, op. cit., p. 185 e s.: Preso atto del divieto sancito nell’art. 698 c.c. e della deroga legale contenuta nell’art. 699 c.c., per la quale, le disposizioni testamentarie aventi per oggetto l’erogazione periodica in perpetuo sono valide solo se dirette a fini di pubblica utilità, anche se “a favore di persone da scegliersi entro una determinata famiglia o tra i discendenti di determinate famiglie”, si affermava che il ricorso alla cd. fondazione di famiglia (con lo scopo di amministrare i beni ed erogare le rendite ai discendenti del fondatore) avrebbe consentito di conseguire il medesimo risultato vietato dall’art. 698 c.c.; per cui si concludeva nel senso che “il negozio di fondazione è valido solo se preordinato al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità”

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

discussione la correttezza della relazione strutturale e funzionale della fondazione di famiglia con il fedecommesso<sup>83</sup>.

Il motivo fondamentale dell'ostilità verso un uso a fini privati della fondazione era espressamente individuato nel vincolo di destinazione che gravava sui beni costituenti il patrimonio dell'ente per volontà del fondatore: vincolo "immutabile e potenzialmente perpetuo, in contrasto con quei principi di politica economica, cui sono informate le codificazioni moderne, che esigono la libera circolazione dei beni e il libero sfruttamento delle risorse economiche"<sup>84</sup>. Il vincolo di destinazione non può cessare né per volontà del fondatore, né per deliberazione degli amministratori né, fino a quando lo scopo sia attuabile, per provvedimento dell'autorità governativa: di qui la possibile illazione che l'autonomia privata soffra, quanto all'utilizzabilità delle forme giuridiche della fondazione, di limitazioni che non hanno, per contro, ragion d'essere in rapporto alle organizzazioni di tipo associativo; la possibile illazione cioè, che il ricorso alle forme giuridiche della fondazione sia ammissibile e, gli inconvenienti economici che esse comportano accettabili, solo in presenza di uno scopo di pubblica utilità"<sup>85</sup>.

Il fondamento delle ragioni addotte deve forse essere rivisitato tenendo conto anche degli indizi sistematici offerti dalla disciplina della trasformazione eterogenea<sup>86</sup>.

Si rammenta che la trasformazione eterogenea, realizzandosi in un cambiamento delle regole di organizzazione, anche patrimoniale dell'ente, realizza uno scioglimento del vincolo di destinazione allo scopo cui è soggetto il patrimonio della fondazione.

Inoltre, la decisione della pubblica autorità di procedere alla vicenda trasformativa, non è più vincolata all'esaurimento dello scopo, potenzialmente perpetuo, ma al massimo a una richiesta dell'organo competente<sup>87</sup>.

Il vincolo di destinazione inizialmente impresso ai beni costituenti il patrimonio della fondazione non è dunque più così "immutabile e potenzialmente perpetuo" come risultava in passato.

Lo stesso può mutare, seppur con la mediazione della pubblica autorità, per volontà del fondatore, o su richiesta degli amministratori, anche in un momento in cui lo scopo è ancora pienamente attuabile.

Secondo tale dottrina quindi, a seguito di queste conclusioni, il potenziale danno all'economia creato dall'utilizzo dello schema della fondazione, sembra circoscrivibile.

Al contempo trovano nuova linfa gli orientamenti anche datati che ammettevano piena libertà all'autonomia privata di dar vita a fondazioni con scopi particolari o non

---

<sup>83</sup> A.A. CARABBA, Lo scopo delle associazioni e delle fondazioni, in Riv. Not., 2001, p. 763 e ss.

<sup>84</sup> F. GALGANO, Persone giuridiche, op. cit., p. 185

<sup>85</sup> F. GALGANO, Persone giuridiche, op. cit., p. 185

<sup>86</sup> M. MALTONI, Fondazioni e trasformazione eterogenea, op. cit., p. 440: che suggerisce di fare riferimento anche ai patrimoni destinati ex art. 2645 ter, c.c.

<sup>87</sup> M. MALTONI, Fondazioni e trasformazione eterogenea, op. cit., p. 441

# STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

altruistici, stante l'assenza di divieti espressi nelle norme contenute nel Titolo Secondo del Primo Libro.

Inoltre, l'art. 1 del d.P.R. n. 360/2000, stabilisce che l'autorità amministrativa deve vagliare la possibilità e la liceità degli scopi, senza nulla accennare alla pubblica utilità dei medesimi.

E ancora, la possibilità di trasformare in società di capitali la fondazione di famiglia per atto amministrativo induce a pensare che il divieto in tal senso posto nell'art. 28 c.c. non sia espressione di un atteggiamento ostile dell'ordinamento, ma rappresenti un limite al potere di ingerenza della pubblica amministrazione nella vita degli enti connotati da scopi particolari.

Ne consegue che, se il fondatore ha scelto di destinare il patrimonio al perseguimento di scopi particolari, ogni intervento della pubblica amministrazione sullo scopo non può che condurre a uno stravolgimento delle ragioni per le quali l'ente è stato creato.

L'estinzione non è la "sanzione imposta dall'ordinamento alla fondazione che non merita di sopravvivere; è l'epilogo programmato dall'autonomia privata al raggiungimento dell'obiettivo che la stessa si è posta, epilogo che nemmeno la pubblica autorità può evitare. Le fondazioni di famiglia non appaiono, in tale prospettiva, condannate all'estinzione, bensì destinate all'estinzione per volontà del fondatore"<sup>88</sup>.

Dunque, il divieto di trasformazione ex art. 28 c.c. della fondazione ha valore di norma di tutela della volontà del fondatore e di limite al potere d'ingerenza della P.A.

La stessa lettera dell'ultimo comma della disposizione in esame, conforta tale conclusione. Al divieto di trasformazione si affianca l'inapplicabilità dell'art. 26 c.c., norma che consente all'autorità governativa di disporre "il coordinamento dell'attività di più fondazioni ovvero l'unificazione della loro amministrazione, rispettando, per quanto possibile, la volontà del fondatore".

L'assimilazione testuale del divieto di trasformazione al divieto di imporre il coordinamento o l'unificazione delle amministrazioni, concorre a dimostrare che unico scopo della norma è imporre limiti al potere della pubblica autorità, come l'interferenza nell'azione delle fondazioni, ogni qualvolta, gli scopi degli enti non siano compatibili con quelli cui è funzionale l'attività della stessa pubblica autorità<sup>89</sup>.

Ciò che rende incompatibile la trasformazione del Primo Libro con la fondazione di famiglia è la sua natura di mero mutamento dello scopo con la salvezza del vincolo di destinazione impresso sui beni, che verrebbero sottratti al fine particolare per destinarli a un fine generale, unico perseguibile dalla P.A.

La trasformazione eterogenea, pur comportando una modifica organizzativa, risulta invece assimilabile a un'estinzione dell'ente. L'estinzione della fondazione e la

---

<sup>88</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 442

<sup>89</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 442

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

trasformazione eterogenea condividono infatti la dissoluzione del vincolo di destinazione impresso ai beni del patrimonio e l'attribuzione di questi ultimi, in via diretta o indiretta, tramite quel bene di secondo grado che è la partecipazione sociale, a soggetti diversi<sup>90</sup>.

Risulta a questo punto interessante analizzare il caso in cui un fondatore inserisca una clausola che preveda la liquidazione del patrimonio allo stesso fondatore o suoi discendenti.

Tradizionalmente tale possibilità sarebbe preclusa sia in riferimento al necessario perseguimento di un fine di pubblica utilità, sia in riferimento alla portata degli artt. 698 e 699 c.c.<sup>91</sup>.

Risulta automatico, che se si sono superati i limiti di cui sopra, non si dovrebbero vedere ostacoli anche in questa sede.

D'altra parte, seppur in via indiretta, lo stesso legislatore dimostra di ammettere un'assegnazione interessata dei beni laddove prescrive nelle leggi speciali l'obbligo di devoluzione dei beni residui dalla liquidazione dell'ente ad altre organizzazioni operanti in identico o analogo settore (legge 11 agosto 1991, n. 266) oppure ad enti con caratteristiche analoghe o in alternativa a fini di pubblica utilità (D.Lgs. n. 460/1997).

Norme, forse pleonastiche, se fosse esclusa già per la disciplina generale del Codice Civile la facoltà per l'autonomia privata di dirigere egoisticamente i risultati della liquidazione dell'ente<sup>92</sup>.

### 8. Ulteriori profili

La legittimazione normativa della fattispecie, di cui non si trova traccia nella letteratura giuridica anteriore alla riforma, si iscrive nell'incessante processo evolutivo che caratterizza l'istituto della fondazione, processo che impone l'ormai raggiunta consapevolezza della sua metamorfosi rispetto alla concezione tradizionale<sup>93</sup>.

L'esame della prassi statutaria ha evidenziato un distacco crescente della realtà dal modello dogmatico lungamente letto nelle norme del Codice Civile, distacco che si è mosso essenzialmente nella duplice direzione, sia di un allontanamento crescente dal perseguimento di scopi solo altruistici, sia di una valorizzazione accentuata dell'elemento personale su quello strettamente patrimoniale, mediante la costituzione e

<sup>90</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 443

<sup>91</sup> F. GALGANO, *Persone giuridiche*, op. cit., p. 367. Contra R. COSTI, *Fondazioni e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, p. 14

<sup>92</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 444; A.A. CARABBA, *Lo scopo delle associazioni e delle fondazioni*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 763 e ss.

<sup>93</sup> G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 3 e ss.; AA. VV., *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni*, a cura di A. Zoppini e M. Maltoni, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2007; AA. VV., *Fondazioni di partecipazione*, *Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*, Milano, 2007

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

l'organizzazione delle cd. fondazioni di partecipazione<sup>94</sup>.

La fondazione è sempre più frequentemente usata come ente strumentale al conseguimento di obiettivi imprenditoriali o, più in generale, alla legittimazione sociale dell'impresa<sup>95</sup>.

In tale prospettiva la fondazione si presta a essere strumento tramite il quale porre in essere attività che in qualche modo assecondano o che sono strumentali, anche indirettamente, agli obiettivi imprenditoriali del fondatore. Gli stessi scopi dichiaratamente altruistici possono in realtà essere strumentali al perseguimento di un interesse d'impresa in termini di promozione dell'immagine aziendale<sup>96</sup>.

Oggi, dunque, non sembrerebbe avere "più ragione porsi la questione dell'ammissibilità di una fondazione di impresa, ma occorre, più pragmaticamente, individuare le situazioni nelle quali il ricorso ad essa risulta confacente alla soluzione dei problemi che la prassi evidenzia. Si suggerisce così, di avvalersi dell'istituto per assicurare "il mantenimento dell'attività di impresa in realtà locali in cui si intenda dare voce ad istanze che non siano immediatamente riconducibili alla logica del profitto: la fondazione, da questo punto di vista, sarebbe in grado di mostrarsi sensibile ad esigenze occupazionali, particolarmente avvertite in zone territoriali depresse o, comunque, a scarso insediamento industriale; nel contempo, costituirebbe uno strumento economico per il rafforzamento del tessuto sociale che, diversamente, rischierebbe di avere scarsi elementi di aggregazione"<sup>97</sup>.

Laddove si ammettesse la fondazione di famiglia, la trasformazione potrebbe divenire uno strumento efficiente per garantire la continuità dell'impresa, con i conseguenti effetti in termini produttivi e occupazionali, nella fase del trapasso generazionale, limitandosi a garantire ai successori, inidonei alla gestione o fortemente divisi, il godimento delle rendite, ovvero degli utili<sup>98</sup>.

Un incentivo a procedere alla trasformazione può essere offerto anche dalla possibilità, definitivamente acquisita dal punto di vista interpretativo ed applicativo, "di adottare modelli di governo dell'ente (fondazioni di partecipazione) che consentano ai soci fondatori di (continuare ad) ingerirsi nell'amministrazione del patrimonio fondazionale e quindi nell'esercizio dell'impresa, in maniera perfino più penetrante di quanto non sia ammesso oggi nella società per azioni in virtù di quanto disposto nell'art.

<sup>94</sup> D. VITTORIA, Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondativa, in Riv. dir. comm., 1975, p. 316 e ss.; G. IORIO, Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni, op. cit., p. 17

<sup>95</sup> M. MALTONI, Fondazioni e trasformazione eterogenea, op. cit., p. 445

<sup>96</sup> M. MALTONI, Fondazioni e trasformazione eterogenea, op. cit., p. 445; G. IORIO, Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni, op. cit., p. 225 e ss.

<sup>97</sup> G. IORIO, Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni, op. cit., p. 227; M. MALTONI, Fondazioni e trasformazione eterogenea, op. cit., p. 445

<sup>98</sup> A. FUSARO, La fondazione di famiglia in Italia e all'estero, in Riv. Not., 2010, p. 17 e ss.

## STUDI E OPINIONI

### TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

2380 e nell'art. 2364 c.c.”<sup>99</sup>.

L'impiego dell'istituto però deve tuttavia muovere dalla consapevolezza dei caratteri identificativi della fondazione e dei caratteri distintivi della fondazione dai contratti associativi<sup>100</sup>. I primi possono essere ravvisati nella destinazione di un patrimonio a uno scopo, destinazione attuata necessariamente per il tramite di un'organizzazione che assume rilievo reale<sup>101</sup>.

Occorre però precisare che, per effetto del riconoscimento, il patrimonio sociale esce definitivamente dalla disponibilità del fondatore, *rectius*, dei soci che hanno deliberato la trasformazione; i conferimenti e gli apporti a patrimonio da loro effettuati perdono la natura di investimenti di capitale di rischio potenzialmente destinati ad essere rimborsati al termine dell'operazione (una volta conclusa la liquidazione del patrimonio sociale)<sup>102</sup> per trasformarsi in una sorta di contributi a fondo perduto, funzionalmente assimilabili a liberalità o quantomeno a prestazioni a titolo gratuito<sup>103</sup>.

Gli schemi associativi si connotano per il potere, organizzato secondo la regola maggioritaria, di determinare e poi modificare lo scopo sociale; mentre la fondazione è individuata per la sottrazione dello scopo alla volontà del fondatore e per la sua modificabilità solo a opera della pubblica autorità<sup>104</sup>.

Anche la previsione di un'assemblea della fondazione, regola organizzativa sicuramente ammissibile, si traduce, nell'attuale stagione normativa e interpretativa, in una mera fase amministrativa del patrimonio con valenza esclusivamente interna, senza che vi sia possibilità di disposizione dello scopo da parte dei componenti dell'organo collegiale<sup>105</sup>.

La trasformazione in esame è connotata dal venir meno della compagine sociale, nel senso che la decisione, generalmente, determina la rinuncia dei soci alla propria partecipazione sociale segnatamente ai diritti amministrativi e patrimoniali in cui si articola il relativo status<sup>106</sup>.

---

<sup>99</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 447; E. Bellezza e F. FLORIAN, *Fondazioni di partecipazione*, Piacenza, 2006; AA. VV., *Fondazioni di partecipazione*, Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato, Milano, 2007. Potrebbe essere interessante questa ricostruzione, come una soluzione domestica da porre quale alternativa, *mutatis mutandis*, all'utilizzo di un trust normato da legislazioni straniere

<sup>100</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 447

<sup>101</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 447

<sup>102</sup> A. CETRA, *Le trasformazioni “omogenee” e “eterogenee”*, in *Il nuovo diritto societario*, Liber amicorum G. F. Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2007, p. 184

<sup>103</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 447

<sup>104</sup> F. GALGANO, *Persone giuridiche*, op. cit., p. 184

<sup>105</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 447

<sup>106</sup> A. CETRA, *Le trasformazioni “omogenee” e “eterogenee”*, in *Il nuovo diritto societario*, Liber amicorum G. F. Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2007, p. 184

## STUDI E OPINIONI

### TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

Sussiste un dibattito teorico sulla natura dello scopo perseguibile. Se l'opinione tradizionale ribadisce la necessità del perseguimento di un fine di pubblica utilità<sup>107</sup>, non mancano istanze più liberiste volte ad ammettere l'idoneità della fondazione a perseguire un qualsiasi scopo, purché lecito, possibile e determinato, sostenendo che lo scopo altruistico non si risolve nell'altruità dello scopo, ma solo nell'eterodestinazione dei risultati conseguiti nell'attuazione del proprio scopo<sup>108</sup>.

Come già accennato, la dottrina non dubita, che la fondazione possa svolgere attività d'impresa, dal momento che non è incompatibile con lo schema causale la realizzazione di un utile, purché eterodestinato<sup>109</sup>.

Dal punto di vista organizzativo, salvo il caso in cui la società trasformata sia unipersonale, la trasformazione in esame può dar luogo a una fondazione con base associativa, senza che risulti configurabile, come già evidenziato, una partecipazione assimilabile a quella societaria<sup>110</sup>.

L'assemblea svolgerebbe un'attività partecipante all'amministrazione del patrimonio della fondazione ovvero mediante la nomina dei componenti del consiglio di amministrazione o ancora tramite l'assunzione diretta di alcune decisioni di natura gestionale o amministrativa, senza poter mai tuttavia modificare lo scopo impresso al momento dell'approvazione della deliberazione di trasformazione<sup>111</sup>.

Secondo una parte della dottrina, nella trasformazione in esame non troverebbe applicazione la regola dell'assegnazione di partecipazioni proporzionali alle quote o azioni possedute, dal momento che nella fondazione manca quel substrato soggettivo che è alla base del concetto stesso di partecipazione<sup>112</sup>.

I soci potranno assumere la carica di amministratori o partecipare a organi collegiali di altra natura che la recente prassi statutaria conosce con sempre maggior frequenza, senza però dar rilievo all'aspetto patrimoniale della partecipazione<sup>113</sup>.

A dire di altra dottrina, la prassi conosce assemblee fondazionali nelle quali i quorum non sono computati per capi, ma per quote, calcolate in proporzione al contributo versato da ogni partecipante<sup>114</sup>.

<sup>107</sup> G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 181

<sup>108</sup> G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 236

<sup>109</sup> G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 236

<sup>110</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 448

<sup>111</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 449

<sup>112</sup> M. SARALE, *Commento sub. art. 2500 septies*, op. cit., p. 2280; F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione, scissione*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2004, p. 414

<sup>113</sup> M. SARALE, *Commento sub. art. 2500 septies*, op. cit., p. 2280; F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione, scissione*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2004, p. 414

<sup>114</sup> G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 213

## STUDI E OPINIONI

### TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

Non esisterebbe un diritto del socio della società trasformata a conservare, neppure ai fini dell'esercizio dei diritti amministrativi, una partecipazione proporzionale a quella posseduta e, in questo senso è condivisibile l'asserzione per la quale non si applica l'art. 2500 sexies, comma 3, c.c.; al contempo, tuttavia, mi pare certamente ammissibile che i soci decidano di conservare, al solo fine del calcolo del quorum assembleare, il rapporto proporzionale di partecipazione fra di essi esistente<sup>115</sup>.

Non sussistendo alcun diritto soggettivo da tutelare, la decisione a favore di una partecipazione all'assemblea per capi o per quote potrà essere decisa in sede di trasformazione con la maggioranza dei due terzi stabilita dall'art. 2500 sexies, c.c.<sup>116</sup>.

La deliberazione di trasformazione deve essere assunta con il voto favorevole dei soci che rappresentano i due terzi del capitale sociale senza la necessità di ottenere il consenso individuale di alcuno di essi.<sup>117</sup>

A norma dell'ultimo comma dell'articolo in esame "la deliberazione di trasformazione in fondazione produce gli effetti che il Capo II del Titolo II del Libro Primo ricollega all'atto di fondazione o alla volontà del fondatore".

Secondo una tesi, la disposizione sarebbe diretta a definire gli effetti della deliberazione di trasformazione per relationem, sia a quelli propri dell'atto di fondazione, sia a quelli propri della volontà del fondatore<sup>118</sup>.

Per altra dottrina, la lettura proposta, per quanto condivisibile, non sembra gettare luce nella vicenda: si consideri che nessuna delle norme comprese nell'insieme richiamato si occupa degli effetti citati, se si eccettuano gli articoli 26 e 28, c.c., nei quali si fa espresso riferimento alla volontà del fondatore<sup>119</sup>.

L'ultimo comma dell'art. 2500 septies, c.c., "pare quindi assumere valore per ciò che nega tramite il riferimento agli effetti dell'atto di fondazione, ovvero che la delibera di trasformazione sia sufficiente per creare la fondazione quale autonomo soggetto di diritto, in conformità a quello che appare l'orientamento tuttora prevalente"<sup>120</sup>.

Una volta assunta la deliberazione, infatti, sarà necessario procedere al riconoscimento e all'iscrizione presso il Registro delle Persone Giuridiche ex art. 1 del D.P.R. n. 361/2000, al fine dell'acquisizione della personalità giuridica<sup>121</sup>.

Ma stante il disposto degli artt. 2500, ultimo comma, e 2500 novies, c.c., il riconoscimento e l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche sono condizioni

<sup>115</sup> G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 234

<sup>116</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 449

<sup>117</sup> Dal momento che lo schema organizzativo di arrivo non coinvolge la responsabilità di alcuno dei fondatori: M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 450; M. SARALE, *Commento sub. art. 2500 octies*, op. cit., p. 2281

<sup>118</sup> M. SARALE, *Commento sub. art. 2500 octies*, op. cit., p. 2286

<sup>119</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 450

<sup>120</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 450

<sup>121</sup> A. CETRA, *Le trasformazioni "omogenee" e "eterogenee"*, op. cit., p. 151

# STUDI E OPINIONI

## TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

necessarie, ma non sufficienti alla nascita della fondazione.

Affinché la trasformazione si perfezioni e l'attività possa venir svolta secondo le regole organizzative e funzionali della fondazione occorrerà altresì l'adempimento della pubblicità richiesta per la cancellazione della società dal Registro delle Imprese, nonché il decorso di novanta giorni dall'ultimo fra gli adempimenti pubblicitari prescritti dall'art. 2500, comma 2, senza che vi sia stata opposizione da parte dei creditori della società.

Un autorevole Autore<sup>122</sup>, propone tre ulteriori questioni in merito alla possibilità o anche solo all'opportunità di procedere alla cancellazione della società dal Registro delle Imprese anteriormente al riconoscimento e all'iscrizione della fondazione presso il Registro delle Persone Giuridiche, all'esistenza di un concorrente al controllo del notaio sull'atto e, ai limiti di applicabilità dell'art. 15 c.c.

La legge non impone una sequenza nel compimento degli adempimenti alla stregua di quanto disposto dall'art. 2504, ultimo comma, c.c.<sup>123</sup>.

Nulla sembra impedire che l'adempimento della pubblicità richiesta per la cessazione della società trasformata preceda l'iscrizione della fondazione, nonostante la situazione di scarsa chiarezza che può generarsi in un momento in cui non si sa neppure se l'autorità competente riconoscerà o meno la fondazione<sup>124</sup>.

La necessità di soggiacere al controllo dell'autorità competente in merito alla concessione del riconoscimento, può indurre a ritenere che alla fattispecie non trovi applicazione l'art. 2436, c.c. e che quindi, tale deliberazione sia sottratta al vaglio di legittimità del notaio<sup>125</sup>.

La migliore dottrina, afferma invece che la natura dell'atto resta una deliberazione di modifica di una società di capitali con il relativo obbligo di iscrizione della stessa modifica presso il Registro delle Imprese: da tale assunto si sostiene l'applicabilità dell'art. 2436, c.c.<sup>126</sup>.

Infatti, l'atto di fondazione rappresenterebbe non un elemento, ma un presupposto del procedimento di riconoscimento. Ne deriva che, non riscontrandosi una sovrapposizione in tema di oggetto del controllo, si debba ammettere una situazione

<sup>122</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 451

<sup>123</sup> Si aggiunga che, ai sensi dell'art. 2436 c.c., il notaio rogante potrebbe essere tenuto a effettuare la pubblicità dell'atto presso il Registro delle Imprese entro trenta giorni dalla sua redazione e quindi, entro un termine solitamente più breve di quello concesso alla P.A. per provvedere all'iscrizione della fondazione, termine fissato in centoventi giorni dall'art. 1 comma 5 del d.P.R. n. 361/2000. G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 241

<sup>124</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 451; G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 241

<sup>125</sup> G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 242

<sup>126</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 451

## STUDI E OPINIONI

### TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

di concorrenza di competenze<sup>127</sup>.

L'art. 15, c.c., stabilisce che l'atto di fondazione può essere revocato dal fondatore fino a quando non sia intervenuto il riconoscimento, ovvero che non sia iniziata l'attività.

Fissato dunque il principio di revocabilità dell'atto di fondazione, se ne fanno seguire due eccezioni.

In linea di principio una deliberazione societaria è sempre revocabile almeno fino a che non è divenuta efficace.

L'applicazione di tale principio alla fattispecie in esame dovrebbe condurre ad ammettere la possibilità di revoca della deliberazione di trasformazione almeno fino al novantesimo giorno dall'adempimento dell'ultima delle formalità pubblicitarie prescritte dall'art. 2500, c.c.

La seconda eccezione contemplata dall'art. 15, c.c. è rappresentata dall'avvenuto riconoscimento.

Nel procedimento susseguente alla trasformazione di società di capitali gli effetti sono differiti ai sensi dell'art. 2500 novies, c.c. e, sono condizionati alla mancata opposizione dei creditori.

In ordine alla revocabilità si potrebbe valorizzare il dato letterale dell'art. 15, c.c., ritenendo così che, intervenuto il riconoscimento, la delibera di trasformazione non sia più revocabile, anche se l'acquisto della personalità giuridica è soggetto a condizione e potrebbe quindi anche non verificarsi.

In alternativa, si potrebbe prediligere il principio sistematico della stabilizzazione degli effetti dell'atto, per consentire così la revocabilità della stessa delibera fino a che non sia decorso il termine previsto dall'art. 2500 novies, c.c.

Poiché fino a quest'ultimo momento l'ente è una società e continua a operare come una società, per una parte della dottrina non dovrebbero sussistere ragioni di ordine generale o di tutela dell'affidamento di terzi che impediscano di ammettere la revocabilità fino allo spirare del termine di cui all'art. 2500 novies, c.c.<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 242

<sup>128</sup> M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, op. cit., p. 453; G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, op. cit., p. 246

## LE TENDENZE EUROPEE DI GESTIONE DELLA CRISI D'IMPRESA: TRA PROCEDURE DI LIQUIDAZIONE E DI RISANAMENTO

*L'Autrice ripercorre gli aspetti essenziali delle procedure concorsuali previste nei principali ordinamenti europei, soffermandosi sulla tendenza, oggi prevalente, verso meccanismi di allerta e prevenzione e soluzioni volte al risanamento e alla salvaguardia dei valori aziendali.*

di **CRISTINA SARACINO**

### **1. Le linee guida 'sovrnazionali' di gestione dell'insolvenza**

Al fine di comprendere il contesto culturale che ha condotto il legislatore italiano agli interventi riformatori che hanno condotto alla riforma organica delle procedure concorsuali, nonché ai recenti interventi sulla disciplina della crisi da sovraindebitamento di soggetti diversi dagli imprenditori commerciali<sup>1</sup>, non può non tenersi conto delle tecniche e delle soluzioni messe a punto nei diversi ordinamenti europei con riferimento alla regolamentazione della crisi di impresa.

Molti sono i Paesi dell'Unione Europea dove, nell'ultimo decennio, sono intervenute radicali riforme: sempre maggiore attenzione viene infatti rivolta agli strumenti e alle procedure di prevenzione dell'insolvenza, ma anche a quelle di salvaguardia delle attività e dei valori dei complessi aziendali, e sia, in esito al fallimento, alle forme di incentivo al reinserimento socio-economico del debitore<sup>2</sup>.

Il nostro sistema si è sempre attestato, in linea di massima, su una procedura con funzione preventiva - il concordato - alternativa all'altra, tipicamente liquidatoria - il fallimento - destinata ad essere attivata tutte le volte in cui apparisse utopistico l'ipotizzato salvataggio dell'impresa.

<sup>1</sup> V. sul tema, L. PANZANI, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in NDS, 2012, 10.

<sup>2</sup> Per un'esposizione riassuntiva dello stato della legislazione per ogni Paese dell'Unione europea si veda il sito della Commissione [www.ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy](http://www.ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy). Sulla disciplina dei Paesi europei si veda AA.VV., *La legislazione concorsuale in Europa. Esperienze a confronto*, a cura di S. Bonfatti - G. Falcone, Milano, 2004, e I. CANDELARIO MACÍAS, *Il diritto concorsuale in Europa*, Padova, 2001; per una trattazione analitica 'globale', anche se oggi un po' datata, P. PAJARDI, *Il fallimento nel mondo*, Padova, 1988.

# OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CRISI D'IMPRESA: TENDENZE EUROPEE

Le recenti riforme hanno mutato, inserendo elementi di novità, il perfetto parallelismo sopra enunciato, la cui fragilità ebbe a manifestarsi con le crisi economiche succedutesi nella seconda metà del secolo scorso e che condussero all'emergere, a partire dagli anni settanta, alla legislazione sul risanamento aziendale delle grandi imprese in stato di insolvenza e sulla salvaguardia dei livelli occupazionali.

Oggi è condivisa l'opinione per cui le procedure concorsuali *meramente* liquidatorie risultino del tutto inadeguate - in termini di efficienza del mercato e di equità nella protezione degli interessi creditori - a risolvere tutte le tipologie di crisi dell'impresa<sup>3</sup>. Ed è partendo da questo assunto di massima che in tutti gli ordinamenti avanzati si è iniziato a tastare il terreno delle soluzioni stragiudiziali alla crisi di impresa, alternative al fallimento tradizionalmente inteso, ponendo altresì l'attenzione, in alcune esperienze in misura maggiore che in altre, agli istituti di allerta e di prevenzione.

Ovviamente ogni intervento riformatore riflette, seppur in via indiretta, lo stato del percorso compiuto dal legislatore sino a quel momento, nonché i principi di cui il sistema sia più o meno profondamente intriso. Un dato risulta significativo: il soddisfacimento dei creditori e la preservazione degli organismi produttivi risultano essere oggi due esigenze alla cui soddisfazione si giunge non necessariamente con medesimi percorsi e strumenti.

Pur partendo dal presupposto che il confronto tra ordinamenti, in questo particolare ambito, pone un problema di non facile soluzione, stante l'evidente rischio di confondere fenomeni assai diversi, non omogenei e, in quanto tali, non raffrontabili tra loro<sup>4</sup>, si cercherà, fatta una rapida carrellata degli aspetti più rilevanti, di tracciare qualche filo di collegamento tra le più importanti realtà europee, con un piccolo sguardo anche oltreoceano, all'esperienza statunitense, da cui molte iniziative di riforma hanno tratto ispirazione.

Prima di soffermarsi su tale raffronto, preme segnalare, con riferimento alla circolazione di modelli, che dalla fine degli anni novanta del secolo scorso sia il Fondo

---

<sup>3</sup> Si veda, sul punto, A. JORIO - S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2004.

<sup>4</sup> Così A. CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali. Dalla legge 12 maggio 2005 n. 80 al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5*, Padova, 2006, 15. L'Autore inoltre segnala: "L'attenzione agli studi comparatistici nell'area del diritto fallimentare e, in particolare, l'analisi delle problematiche giuridiche correlate con l'insolvenza e con le procedure concorsuali dei singoli Paesi Europei, dimostra come, invero, sia difficile far riferimento a modelli tra loro omogenei, ciò in quanto il procedimento è stato, per lo più, nei vari ordinamenti, costruito nel modo più idoneo e rispondente alle esigenze, non solo, di tutela dei crediti, ma spesso, e soprattutto, di conservazione di quegli elementi dell'impresa che si è ritenuto di preservare, piuttosto che dissolvere o liquidare".

# OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CRISI D'IMPRESA: TENDENZE EUROPEE

Monetario Internazionale<sup>5</sup>, che la Banca Mondiale<sup>6</sup>, che l'UNCITRAL<sup>7</sup>, hanno puntato l'attenzione sulle questioni inerenti la prevenzione della crisi di impresa ed il reinserimento dei soggetti sottoposti a procedura concorsuale. In particolare la *Guide Law* dell'UNCITRAL, cercando di indirizzare e armonizzare le scelte dei legislatori nazionali verso una regolamentazione rapida, efficace ed effettiva dell'insolvenza, ha dettato nove principi secondo i quali una corretta legge sull'insolvenza dovrebbe essere redatta: “assicurare certezza al mercato ed il promuovere la stabilità e la crescita”; “massimizzazione del valore degli *assets*”; “bilanciamento tra le attività e le esigenze di liquidazione e quelle riorganizzative”; “assicurare un trattamento leale e corretto ai creditori collocati nello stesso grado o che abbiano diritti tra loro consimili”; “provvedere ad una tempestiva, efficiente, imparziale soluzione dell'insolvenza”; “preservare le proprietà dell'insolvente e l'assicurare una distribuzione equa ai creditori”; “realizzare una trasparente e organica legge sull'insolvenza che contenga incentivi per raccogliere e diffondere informazioni”; “riconoscere e stabilire delle regole chiare e precise per la classe dei crediti assistiti da privilegio o comunque da priorità nei

---

<sup>5</sup> M. SCIUTO, *Crisi dell'impresa e crisi della sovranità statale nel mercato globale (convergenza, concorrenza e coordinamento e delle norme nazionali)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 2, 416, ricorda come attraverso il documento denominato “*Orderly & Effective Insolvency Procedures - Key Issues*” del 1999 il Fondo abbia dichiarato di voler esprimere talune preferenze rispetto alle più importanti scelte che un legislatore deve compiere, senza voler stabilire *standards* nella complessa area del diritto concorsuale, prospettando “*chiaramente la necessità che un moderno sistema concorsuale risulti articolato in una procedura liquidatoria ed in una riabilitativa (...) favorendo soluzioni stragiudiziali che prevengano l'apertura di una procedura (...) tutto secondo il modello tipico del Chapter 11*”.

<sup>6</sup> La Banca Mondiale diffonde nel 2001 i *Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights System*, poi aggiornati nel 2005, che, anche in questo caso, dovrebbe fungere da “*distillato delle best practices internazionali nella configurazione dei sistemi concorsuali, a tutti i legislatori del Mondo, affinché questi possano godere di un comodo set di benchmark per valutare l'effettività dei propri sistemi nazionali di tutela dei creditori, all'interno, ma anche prima e al di fuori di una procedura di insolvenza*”; così M. SCIUTO, *op. cit.*, 417.

<sup>7</sup> L'istanza per la “*tempestiva, efficiente, imparziale soluzione dell'insolvenza*” è espressa tra gli obiettivi della *Legislative Guide on Insolvency Law* elaborata dall'UNCITRAL, la Commissione permanente delle Nazioni Unite per la legislazione sul Commercio Internazionale, che rappresenta una raccolta di *best practice* utili nella ricerca delle più efficienti soluzioni alla crisi di impresa. V. sul tema L. GHIA, *Gli obiettivi della Guida Legislativa dell'Insolvenza dell'UNCITRAL*, in *Fall.*, 2005, 11, 1229 ss.. Il testo, in più lingue, e a cui è annessa una legge-tipo (*model law*) sull'insolvenza internazionale, è reperibile in [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org). La *Model Law* è stata recepita da diversi ordinamenti nazionali, tra cui gli Stati Uniti, che l'hanno trasfusa nel *Chapter 15* dello *U.S. Code*, l'Inghilterra, la Spagna, la Polonia, la Romania.

# OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CRISI D'IMPRESA: TENDENZE EUROPEE

pagamenti”; “stabilire una cornice normativa per le insolvenze internazionali”<sup>8</sup>. Proprio in relazione all’ultimo obiettivo indicato va ricordato il Regolamento CE n. 1346/2002 sulle procedure d’insolvenza transfrontaliere<sup>9</sup>, che, al fine di contrastare il fenomeno del *forum shopping*<sup>10</sup>, ha introdotto una disciplina tendente alla creazione di un sistema - così si esprime il legislatore comunitario nel preambolo - che, basato sulla reciproca fiducia degli stati aderenti, crei uno spazio comunitario nel quale le procedure di insolvenza transfrontaliere siano più efficienti ed intimamente efficaci per proteggere il buon funzionamento del mercato interno di ciascuno stato, sempre più influenzato da dissesti che hanno caratteristiche che non si arrestano alla frontiera di ciascuno di essi.

## 2. Uno sguardo comparatistico alle esperienze d’oltreconfine

Parallelamente agli interventi citati, ciascun ordinamento europeo - e in particolare quello tedesco, francese, inglese e spagnolo - ha riletto i propri modelli di prevenzione e gestione, stragiudiziale e giudiziale, della crisi d’impresa: la problematica di fondo risulta la medesima, ma, come si è anticipato, non necessariamente analoghi sono gli strumenti utilizzabili per cercare di risolverla.

---

<sup>8</sup> “1. Provision of certainty in the market to promote economic stability and growth; 2. Maximization of value of assets; 3. Striking a balance between liquidation and reorganization; 4. Ensuring equitable treatment of similarly situated Creditors; 5. Provision for timely, efficient and impartial resolution of insolvency; 6. Preservation of the insolvency estate to allow equitable distribution to creditors; 7. Ensuring a transparent and predictable insolvency law that contains incentives for gathering and dispensing information; 8. Recognition of existing creditor rights and establishment of clear rules for ranking of priority claims; 9. Establishment of a framework for cross-border insolvency”.

<sup>9</sup> Il Regolamento comunitario del 29 maggio 2000, entrato in vigore il 31 maggio 2002, è pubblicato in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 241 ss., ed è altresì reperibile in *eur-lex.europa.eu*. Sul tema v. V. PROTO, *Regolamento UE sulle procedure di insolvenza: un’opportunità per il legislatore italiano*, in *Fall.*, 2009, 7, 709 ss.; L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000 relativo alla procedura di insolvenza: spunti critici*, in *Dir. fall.*, 2004, 3-4, 593 ss..

<sup>10</sup> L. PANZANI, *L’insolvenza transfrontaliera. Le procedure di insolvenza tra globalizzazione dell’economia e concorrenza di ordinamenti*, in *Il fallimento ... atto terzo: primi spunti di dottrina e giurisprudenza*, a cura di L. Panzani, Milano, 2008, 193 ss., sottolinea come l’esperienza pratica quotidiana mostri che gli operatori economici scelgono per le procedure di ristrutturazione e liquidazione dell’impresa l’ordinamento che offre le soluzioni più soddisfacenti. “In questa attività” - si legge - “i practioners, avvocati e commercialisti, svolgono una continua attività di consulenza, tanto da consentire a Matt Mc Donald e a Ingo Scholz di intitolare la loro relazione ad un recente convegno “Moving abroad – a backpaper’s guide” ovvero sia “andare all’estero - Guida per il saccopelista”.

# OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CRISI D'IMPRESA: TENDENZE EUROPEE

a) *Il sistema tedesco*. La riforma varata dal legislatore in Germania, entrata in vigore nel 1999<sup>11</sup>, modificata poi nel 2001<sup>12</sup>, disciplina oggi sia l'insolvenza dell'imprenditore che quella del consumatore<sup>13</sup>. Il sistema tedesco prevede un'unica procedura concorsuale<sup>14</sup> diretta a soddisfare i creditori attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore e la ripartizione del ricavato, nella quale può inserirsi, in ogni momento - anche quindi nell'imminenza dell'apertura della procedura -<sup>15</sup>, a seguito di un'istanza del debitore, del curatore o su mandato dei creditori, la proposta di un piano alternativo da approvare (*Insolvenzplan*), caratterizzato dalla più ampia elasticità di soluzioni, rimesse tutte all'autonomia privata: dal risanamento c.d. traslativo (*Übertragende Sanierung*) quando si voglia procedere alla cessione a terzi dell'azienda, al risanamento dell'impresa attraverso la conservazione della titolarità della stessa in

---

<sup>11</sup> Una commissione ministeriale di esperti era stata incaricata sin dal 1978 con il compito di elaborare proposte per un moderno diritto fallimentare, *economicamente efficace e socialmente utile*. Così riporta A. MAISANO, *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi. Evoluzione e prospettive di riforma del diritto fallimentare*, Milano, 1989, 192. Per una precisa ricostruzione dell'iter della riforma si veda L. GUGLIELMUCCI, *La procedura concorsuale unitaria nell'ordinamento tedesco*, in *Giur. comm.*, 2000, 2, 152 ss..

<sup>12</sup> Il testo della *Insolvenzordnung* è reperibile in [www.bundesrecht.juris.de](http://www.bundesrecht.juris.de).

<sup>13</sup> Per un'analisi della normativa tedesca in materia si veda L. GUGLIELMUCCI, *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, in *Fall.*, 2003, 9, 993 ss., che mette in evidenza che sebbene attraverso un'unica disciplina venga regolata sia l'insolvenza dell'imprenditore che quella del consumatore, la finalità della procedura nei due casi non sia la stessa, posto che da una parte la finalità primaria si individua nel soddisfacimento dei creditori, mentre nel caso di insolvenza del consumatore ad assumere rilievo è l'esdebitazione, quale strumento per risolvere il problema sociale dell'eccessivo indebitamento delle famiglie; nonché M. OBERMULLER, *Esperienze di riforma in Germania*, in *La legislazione concorsuale in Europa. Esperienze a confronto*, a cura di S. Bonfatti - G. Falcone, Milano, 2004, 163 ss.; T. SIMONS, *La procedura di insolvenza in Germania*, in *Dir. fall.*, 2003, 2, 625 ss.; D. MALTESE, *La nuova legge tedesca e la riforma delle procedure concorsuali in Italia*, in *Fall.*, 2001, 2, 146 ss., e C. FERRI, *La grande riforma del diritto fallimentare nella Repubblica Federale tedesca*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1, 176 ss..

<sup>14</sup> La procedura presuppone uno stato di insolvenza o di sbilancio patrimoniale. Unicamente per il debitore - e su sua iniziativa - la procedura si può aprire per il c.d. 'rischio di insolvenza'.

<sup>15</sup> Il legislatore tedesco ha previsto che all'assemblea dei creditori fissata per la relazione del curatore (che si tiene decorse almeno sei settimane dall'apertura del procedimento) - nella quale lo stesso precisa se vi sono prospettive per conservare in tutto o in parte l'impresa del debitore, quali possibilità vi sono di un piano di regolazione dell'insolvenza e quali effetti potrebbero avere sui creditori (§ 156) - sia rimessa ai creditori la scelta se l'impresa debba o meno proseguire e se incaricare il curatore di redigere un *Insolvenzplan*, indicandogli le finalità del piano. Fino a tale decisione l'attività d'impresa continua, a meno che il curatore o il giudice anteriormente all'apertura del procedimento abbiano optato per una cessazione anticipata.

# OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CRISI D'IMPRESA: TENDENZE EUROPEE

capo al soggetto giuridico coinvolto nella procedura, sino alla liquidazione pura e semplice, ma avente comunque lo scopo di offrire una soluzione più vantaggiosa per i creditori rispetto a quella che presumibilmente deriverebbe dalla liquidazione atomistica dei beni<sup>16</sup>.

La procedura si snoda, dunque, o attraverso una gestione prettamente liquidatoria o attraverso l'esecuzione di un piano di regolazione dell'insolvenza per la riorganizzazione dell'impresa<sup>17</sup>. La finalità della procedura espressamente perseguita dal legislatore tedesco è, in ogni caso, non quella del risanamento dell'impresa, ma il soddisfacimento concorsuale dei creditori, rispetto al quale il piano di regolazione dell'insolvenza si configura come meramente strumentale.

Il piano deve essere approvato dalla maggioranza di ciascuna classe<sup>18</sup>. I creditori *uti singuli* possono opporsi alla soluzione alternativa proposta laddove venga loro riservato un trattamento peggiore rispetto a quello presumibilmente loro spettante in assenza di piano<sup>19</sup>. In caso di mancato raggiungimento dell'accordo si apre la fase di insolvenza 'classica' che consiste in un vero e proprio procedimento con funzione liquidatoria<sup>20</sup>. L'esigenza di favorire la conservazione dell'impresa viene quindi ritenuta giustificata solo ove non in contrasto con l'interesse di tutte le classi di creditori ad un

---

<sup>16</sup> La presentazione del piano, se ritenuta dal giudice meritevole di essere sottoposta ai creditori, comporta la sospensione delle procedure di liquidazione del patrimonio e anche, ove ritenuto conveniente, la conservazione dell'imprenditore a capo dell'impresa. Sottolinea M. FABIANI, *Riforma della legge fallimentare: la procedura di liquidazione nella cornice del nuovo scenario e nella prospettiva della sua attuazione politica*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it): "Il consenso dei creditori si tende ad ottenerlo previa suddivisione dei creditori in classi per posizione giuridica ed interessi omogenei, secondo il modello americano, ma con regole un po' più severe".

<sup>17</sup> Com'è stato rilevato: "la nuova legge traghetta il sistema tedesco verso i sistemi di disciplina dell'insolvenza che possono definirsi *debtor oriented* e cioè più comprensivi verso le ragioni del debitore e le opportunità di conservazione dell'impresa", così A. JORIO, *La crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica - P. Zatti, Milano, 2000, 51.

<sup>18</sup> Nell'ipotesi in cui la maggioranza delle classi abbia approvato il piano e vi sia però il voto negativo di una classe di creditori, quest'ultimo risulta paralizzato dal divieto di ostruzionismo (*Obstruktionsverbot*) che opera quando per i creditori della classe dissenziente sia previsto un trattamento non peggiore rispetto a quello presumibilmente conseguibile in caso di liquidazione secondo la disciplina legale (§ 245, primo comma).

<sup>19</sup> § 251, primo comma, n. 2.

<sup>20</sup> Alla liquidazione dell'attivo il curatore provvede di regola a trattativa privata - per i beni immobili, ad esempio è offerta l'alternativa tra vendita a trattativa privata (§ 160) e vendita coattiva (§ 165) -, e gli è concesso alienare anche i beni oggetto di diritti al soddisfacimento preferenziale, potendone poi anche precluderne temporaneamente l'alienazione. Per una ricostruzione dettagliata delle modalità di vendita si veda L. GUGLIELMUCCI, *La procedura concorsuale unitaria nell'ordinamento tedesco*, cit., 504.

# OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CRISI D'IMPRESA: TENDENZE EUROPEE

miglior soddisfacimento; in tal modo il legislatore tedesco attua il principio della *par condicio creditorum* “in un’accezione certamente diversa da quella tradizionale, ma ben più rilevante sul piano sostanziale”<sup>21</sup>.

**b) Il modello francese.** In Francia si sono succeduti plurimi interventi riformatori, soprattutto riguardanti l’introduzione di procedure diverse dal fallimento (*liquidation judiciaire*)<sup>22</sup>. La recente *Loi de sauvegarde des entreprises*<sup>23</sup> ha riportato l’accento su una concezione non sanzionatoria delle procedure concorsuali e recuperatoria delle potenzialità dell’impresa, introducendo la procedura preventiva della *conciliation*<sup>24</sup> e graduando le procedure di gestione dell’insolvenza, prevedendosi una

---

<sup>21</sup> L. GUGLIELMUCCI, *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, cit., 995. Rileva A. CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali. Dalla legge 12 maggio 2005 n. 80 al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5*, cit., 22: “Liquidazione e riorganizzazione, dunque, si collocano su un medesimo piano, nel senso che lo scopo della riforma non si riassume nella seconda, tant’è che qualora la realizzazione del piano, sottoposto al giudice, risulti irrealizzabile o lesivo degli interessi dei creditori, non par dubbio che potrà essere, immediatamente, respinto”.

<sup>22</sup> Il legislatore francese ha sostituito la l. 13 luglio 1967 prima con la legge 84-148 del 1° marzo 1984 (*Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*) - che ha introdotto i procedimenti di allerta e prevenzione, suscettibili di portare ad una soluzione non concorsuale delle temporanee difficoltà delle imprese -, poi con la legge 85-98 del 25 gennaio 1985 (*Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*), - che ha previsto una necessaria fase di osservazione della gestione dell’impresa in sede di *redressement judiciaire* e prima della sua eventuale liquidazione -; quest’ultima legge è stata modificata successivamente con la legge 94-475 del 10 giugno 1994 (*Prévention et traitement des difficultés des entreprises*), e ancora con la legge 2003-721 del 1° agosto 2003 (*Initiative économique*). Per una compiuta ricostruzione del percorso compiuto dal legislatore francese si veda M. J. CAMPANA, *L’esperienza francese*, in *Crisi dell’Impresa e riforme delle procedure concorsuali*, Atti del Convegno di Courmayeur, 23-24 settembre 2005, Milano, 2006, 195 ss., nonché ID., *La prevenzione della crisi delle imprese. L’esperienza francese*, in *La legislazione concorsuale in Europa. Esperienze a confronto*, cit., 233 ss., e ID., *L’impresa in crisi: l’esperienza del diritto francese*, in *Fall.*, 2003, 9, 978 ss.. Per una disamina della legislazione sino all’ultima riforma si veda M. FABBRINI, *Una prima analisi della imminente riforma del diritto fallimentare francese*, in *Dir. fall.*, 2004, 5, 1188 ss.; A. JORIO, *La riforma delle leggi francesi sull’insolvenza: un modello da imitare?*, in *Giur. comm.*, 1995, 5, 698 ss..

<sup>23</sup> Legge 2005-845 del 26 luglio 2005, entrata in vigore il 1° gennaio 2006. Per uno schema delle novità introdotte si veda *Nouveautés apportés par la loi de sauvegarde des entreprises* in [www.remedial.fr](http://www.remedial.fr); mentre per un primo commento della dottrina francese si veda P. R. GALLE, *La procédure de sauvegarde. Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice*, in *La Semaine Juridique Edition Entreprise et Affaires*, 40, 5 ottobre 2006, 1679 ss..

<sup>24</sup> La procedura è volta a verificare le probabilità di successo di un programma di conciliazione e di salvaguardia del patrimonio aziendale, che preveda la gestione affidata all’imprenditore e la

# OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CRISI D'IMPRESA: TENDENZE EUROPEE

procedura di *sauvegarde*<sup>25</sup> come intermedia tra i meccanismi di prevenzione (*conciliation*) e i procedimenti di *redressement* e *liquidation judiciaire* da utilizzarsi invece in caso di insolvenza irreversibile dell'impresa<sup>26</sup>.

Nelle procedure diverse dalla liquidazione giudiziaria, massima attenzione viene data alle opportunità di conservazione dell'impresa e minima considerazione per i creditori i cui interessi possono essere sacrificati nella prospettiva del recupero dell'impresa<sup>27</sup>; in tutti i casi in cui in cui una soluzione alternativa alla liquidazione risulti fattibile, questa viene infatti perseguita dagli stessi organi della procedura<sup>28</sup>.

La *liquidation judiciaire*, in maniera analoga alla liquidazione fallimentare, è destinata o “à mettre fin à l'activité de l'entreprise” o a “réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens” (art. L. 640-1, secondo comma). Il liquidatore nominato dal Tribunale amministra l'impresa insolvente, potendo anche procedere alla *cession de l'entreprise*, che può essere totale o parziale, e che ha come obiettivo quello di assicurare il mantenimento delle attività che

---

predisposizione di un piano di riorganizzazione - che può essere ristretto solo ad alcuni creditori - destinato ad essere omologato dal tribunale. Questa procedura è stata concepita dal legislatore come un meccanismo puramente volontario: la facoltà di farne domanda è attribuita al solo imprenditore.

<sup>25</sup> Questa procedura risulta esperibile prima che sia conclamata l'insolvenza: l'accesso ad essa risulta infatti precluso quando già si sia manifestata la cessazione dei pagamenti e la crisi sia divenuta irreversibile. Si consente all'imprenditore, che non viene spossessato dei propri beni, di mantenere la titolarità della gestione e di negoziare con banche e fornitori un piano di riorganizzazione, soggetto all'approvazione del Tribunale, il quale, se ritiene che il piano risponda alle condizioni di legge lo rende efficace per tutti. Sul punto è stato affermato: “*Si tratta di un meccanismo alquanto tortuoso e, occorre dirlo, un po' ipocrita, per imporre una riduzione del credito (...) L'alternativa che viene imposta ai creditori è infatti quella di accettare una riduzione o di essere pagati al 100 per cento in un tempo tale che il valore del loro credito (...) si approssima a quello dei creditori che hanno accettato la riduzione parziale*”, così L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia, Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, 200.

<sup>26</sup> Art. L. 640-1 “*Il est insitué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné à l'article L. 640-2 en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible*”.

<sup>27</sup> E' di questo avviso A. JORIO, *Modelli europei e scelta tra sistemi a gestione giudiziaria o amministrativa*, in *Fall.*, 9, 1998, 951.

<sup>28</sup> Sostiene che il legislatore francese “*con un esuberante senso pratico*” abbia conferito dignità assolutamente primaria a quanto “*in una onesta scala di valori*” si pone come traguardo ulteriore rispetto alla finalità primaria della tutela di tutti i creditori, R. VIALE, *Prospettive italiane di riforma e nuove soluzioni legislative francesi: convergenze e dissonanze*, in *Il Fallimento delle società nelle prospettive di riforma*, Atti del Convegno S.I.S.C.O., 16 novembre 1985, Milano, 1986, 78.

# OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CRISI D'IMPRESA: TENDENZE EUROPEE

ancora sono in grado di proseguire autonomamente e di tutti o di parte dei posti di lavoro che sono collegati al ramo o all'intera azienda oggetto di cessione, nonché il saldo del passivo (art. L. 642-1)<sup>29</sup>.

Non appare chiaro se sebbene risulti istituita una apposita procedura (*sauvegarde*) con finalità di salvaguardia dell'impresa, l'obiettivo di preservare ciò che dell'azienda è autonomamente ancora in grado di produrre ricchezza, possa essere ravvisato anche nella liquidazione giudiziaria, oppure se alla stessa vada solo attribuita la finalità di assicurare il pagamento dei creditori<sup>30</sup>.

c) **Il modello spagnolo.** Anche in Spagna è stata emanata una recente riforma organica del diritto fallimentare<sup>31</sup>, che ha visto il legislatore spagnolo modellare un sistema analogo a quello tedesco, nel quale si è configurato un unico *concurso de acreedores*, per le persone fisiche e per quelle giuridiche<sup>32</sup>.

Dunque un'unica procedura, con finalità preventiva, conservativa e liquidativa, nella quale è prevista la possibilità, solamente dopo l'apertura della procedura di

---

<sup>29</sup> E' il Tribunale che valuta se la cessione parziale o totale dell'azienda è possibile, e che, in tale ipotesi, fissa il termine entro il quale "*les offres de reprise*", le offerte di acquisto, devono pervenire al liquidatore. Il liquidatore in quest'ambito ha molto meno margine operativo rispetto a quello concesso dalla disciplina italiana riformata al curatore.

<sup>30</sup> Si veda infatti, ad esempio, l'art. L. 645-5 che stabilisce "(...) *le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution*". Nel senso della distinzione netta della procedura di liquidazione da quella di risanamento, in quanto la prima sarebbe destinata solo allo smantellamento dell'impresa irrimediabilmente compromessa e non all'impresa meritevole, si veda M. FABBRINI, *Una prima analisi della imminente riforma del diritto fallimentare francese*, cit., 1196.

<sup>31</sup> *Ley Concursal 22/2003* del 9 luglio 2003, entrata in vigore il 1° agosto 2004, reperibile al sito [www.boe.es](http://www.boe.es). Per un primo commento, E. BELTRÁN, *El derecho concursal español. La ley concursal de 9 julio de 2003*, in *Dir. fall.*, 2004, 3-4, 778 ss.. Ricostruisce la disciplina riformata G. GIANELLI, *Le soluzioni giudiziarie delle crisi d'impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano*, in *Dir. fall.*, 2009, 1, 125 ss.; J. PULGAR EZQUERRA, *La riforma della Ley concursal spagnola ad opera del RDL 3/2009: gli "ombrelli protettivi" della nuova finanza preconcorsuale*, in *Dir. fall.*, 2009, 6, 839 ss.; A. ROJO, *La experiencia española*, in *Crisi dell'Impresa e riforme delle procedure concorsuali*, Atti del Convegno di Courmayeur, 23-24 settembre 2005, Milano, 2006, 205 ss., nonché I. C. MACÍAS, *Aspetti storici ed evolutivi della normativa in tema di risanamento delle imprese in crisi*, in *Fall.*, 9, 2003, 1000 ss.. Sul progetto di riforma si veda A. ROJO, *La reforma del derecho concursal español*, in *Fall.*, 2003, 9, 958 ss..

<sup>32</sup> Le procedure concorsuali, in precedenza individuate nella *quiebra* e nella *suspension de pagos* per l'imprenditore, e nel *concurso de acreedores* e nella *quita y espera* previste per i debitori civili sono state sostituite da un procedimento unico, *el concurso*.

# OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CRISI D'IMPRESA: TENDENZE EUROPEE

*concurso*<sup>33</sup>, di evitare la liquidazione attraverso *el convenio*, una procedura analoga al concordato preventivo, il cui contenuto risulta tipizzato e che laddove preveda la prosecuzione parziale o totale dell'attività è necessario che sia corredato da un *plan de viabilidad* che attesti la fattibilità del progetto<sup>34</sup>.

Se non viene approvato il *convenio* si procede con la fase di liquidazione (art. 142 *Ley 22/2003*)<sup>35</sup>, disciplinata in maniera analitica dal legislatore spagnolo: tutto l'insieme di immobili, beni ed i servizi produttivi del debitore si dovranno vendere unitariamente, salvo che, previa informativa dell'amministratore giudiziario, il giudice reputi più conveniente per gli interessi del debitore la divisione di tali beni o la liquidazione di essi secondo forme diverse<sup>36</sup>; il rimanente dei beni e dei diritti del debitore sarà liquidato conformemente alle norme previste in relazione alla natura di essi; è espressamente regolamentata la vendita dell'azienda e dei diritti di natura litigiosa<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Il debitore conserva il potere di amministrare i propri beni solo nelle ipotesi di concorso volontario, perché nell'ipotesi di fallimento coatto, su istanza dei creditori, si producono gli effetti dello spossessamento e l'amministrazione dei beni è affidata all'amministrazione concorsuale. La fase di liquidazione può essere anche aperta d'ufficio in determinate ipotesi. Analogamente a quanto impone al curatore la disciplina fallimentare, devono, entro tre mesi dall'assunzione dell'incarico, presentare un'informativa che contenga una serie di dati rilevanti per la valutazione dello stato dell'impresa (contabilità, stato finanziario, elenco dei beni, elenco dei creditori, situazione dell'impresa, esposizione delle cause del dissesto, eventuali proposte di accordo).

<sup>34</sup> Mette in evidenza la peculiarità dell'assenza di qualsiasi riferimento al *convenio* stragiudiziale, P. MONTALENTI, *Le soluzioni concordate alle crisi di impresa: gli interventi del legislatore italiano con uno sguardo comparatistico*, in *Crisi dell'Impresa e riforme delle procedure concorsuali*, Atti del Convegno di Courmayeur, 23-24 settembre 2005, Milano, 2006, 173.

<sup>35</sup> “*En los casos de apertura de oficio o a solicitud de acreedor, la liquidacion es siempre una solucion subsidiaria, que opera cuando no se alcanza o se frustra la de convenio*” (Relazione al Re, Sez. VII).

<sup>36</sup> Art. 149: “*El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos*”.

<sup>37</sup> Art. 149, secondo comma: “*Cuando, como consecuencia de la enajenación que se refiere la regla 1. adel apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el*

# OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CRISI D'IMPRESA: TENDENZE EUROPEE

La liquidazione nel sistema spagnolo ha dunque carattere sussidiario, intervenendo unicamente in caso di mancata proposta, accettazione, omologa o esecuzione del concordato, o nei casi in cui sia espressamente sollecitata.

**d) L'ordinamento inglese.** La disciplina delle procedure di insolvenza nel Regno Unito è molto complessa, avendo il legislatore inglese previsto una pluralità di procedimenti liquidatori che si intrecciano con una molteplicità di procedure fondate sull'accordo tra debitore e creditori; tutta la normativa è contenuta nel composito testo unico *Insolvency Act* del 1986<sup>38</sup>.

Oltre ad aver previsto differenti procedure di pre-insolvenza<sup>39</sup>, l'ordinamento inglese, per quanto concerne le procedure di liquidazione in senso stretto<sup>40</sup>, riserva l'istituto della *bankruptcy*<sup>41</sup> al debitore civile e all'imprenditore individuale - alle persone fisiche, quindi, verificatosi il presupposto della *inability to pay debts* -, mentre

---

*Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo". Art. 150: "Bienes y derechos litigiosos. Los bienes o derechos sobre cuya titularidad o disponibilidad exista promovida cuestión litigiosa podrán enajenarse con tal carácter, quedando el adquirente a las resultas del litigio. La administración concursal comunicará la enajenación al juzgado o tribunal que esté conociendo del litigio. Esta comunicación producirá, de pleno derecho, la sucesión procesal, sin que pueda oponerse la contraparte y aunque el adquirente no se persone".*

<sup>38</sup> Il testo integrale dell'*Insolvency Act*, così come ripetutamente novellato, è reperibile in [www.opsi.gov.uk](http://www.opsi.gov.uk) e [www.insolvency.gov.uk](http://www.insolvency.gov.uk).

<sup>39</sup> *Company o individual voluntary arrangements* (sect. 1, sect. 252) che consiste nell'accettazione da parte dei creditori della proposta formulata dal debitore che può assumere il contenuto più vario e flessibile. Per una dettagliata disamina delle procedure concorsuali nel Regno Unito si veda M. GUERNELLI, *Il diritto inglese dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2009, 6, 870 ss., nonché J. ARMOUR - R. J. MOKAL, *La disciplina concorsuale inglese*, in *La legislazione concorsuale in Europa. Esperienze a confronto*, a cura di S. Bonfatti - G. Falcone, Milano, 2004, 189 ss., e C. FERRI - F. MARELLI, *Le procedure diverse dalla liquidazione nell'Insolvency Act del regno Unito: spunti in prospettiva di riforma della legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2003, 3, 345 ss..

<sup>40</sup> Aiuta a far chiarezza sotto questo aspetto il Regolamento CE n. 1346/2000, 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza. Con riferimento al Regno Unito il Regolamento elenca le procedure concorsuali e distingue quali procedure di liquidazione il *winding up by the court*; il *creditor's voluntary winding up* e la *bankruptcy*.

<sup>41</sup> Si tratta di una procedura che si svolge sotto il controllo dell'autorità giudiziaria e presuppone l'insolvenza del debitore.

# OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CRISI D'IMPRESA: TENDENZE EUROPEE

prevede l'applicabilità di altre procedure quando l'impresa assume forma di società (*winding up voluntary / by the court*)<sup>42</sup>.

La *liquidation* è l'alternativa ai procedimenti che, in un modo o nell'altro, tendono a rendere possibile la conservazione dell'impresa: l'effetto principale della stessa è, infatti, la cessazione dell'attività imprenditoriale come entità commerciale<sup>43</sup>.

Il *liquidator* è il soggetto nominato dalla società o dall'autorità giudiziaria nella procedura di *winding up*, con poteri per la vendita dei beni e la distribuzione del ricavato ai creditori<sup>44</sup>. In particolare il liquidatore ha il potere di proseguire nell'attività di impresa se questo può arrecare beneficio alla procedura ("*carry on the business of the company so far as may be necessary for its beneficial winding up*") e vendere, in sede giudiziaria o a trattativa privata, i beni dell'azienda anche in via unitaria (*sell any of the company's property by public auction or private contract with power to transfer the whole of it to any person or to sell the same in parcels*)<sup>45</sup>.

Per quanto concerne le altre procedure diverse dalla liquidazione va segnalata l'*Administration*, procedura che si pone come '*alternative*' al *winding up* proprio in considerazione del fatto che la finalità precipua di tale procedura è quella della *survival* della società o di una parte della sua *undertaking*, oppure, in ogni caso, la realizzazione dei *company's assets* con risultati più vantaggiosi che in sede di liquidazione.

e) **L'esperienza statunitense.** Come nel sistema tedesco, anche nel sistema federale americano la liquidazione dei beni del fallito può essere evitata solo se un piano di riorganizzazione dell'azienda riceve il consenso della maggioranza dei creditori.

---

<sup>42</sup> La normativa, per le società, tratta unitariamente le liquidazioni volontarie, distinte in *members' e creditors' voluntary winding up*, a seconda che vi sia o meno una dichiarazione degli amministratori che la società non è solvibile (sect. 89), e quella coattiva - *winding up by the court* - assimilabile al nostro fallimento. Non è dunque necessario che la società sia già stata messa in stato di insolvenza.

<sup>43</sup> In questo senso I. CANDELARIO MACÍAS, *Il diritto concorsuale in Europa*, cit., 87.

<sup>44</sup> Par. 143: "*The functions of the liquidator of a company which is being wound up by the court are to secure that the assets of the company are got in, realised and distributed to the company's creditors and, if there is a surplus, to the persons entitled to it*"; par. 167 "*Where a company is being wound up by the court, the liquidator may - (a) with the sanction of the court or the liquidation committee, exercise any of the powers specified in Parts I and II of Schedule 4 to this Act (payment of debts; compromise of claims, etc., institution and defence of proceedings; carrying on of the business of the company), and (b) with or without that sanction, exercise any of the general powers specified in Part III of that Schedule*".

<sup>45</sup> V. Schedule 4, Sections 165, 167: *Powers of liquidator in a winding up*.

# OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CRISI D'IMPRESA: TENDENZE EUROPEE

Il moderno sistema fallimentare statunitense è condensato nel *Bankruptcy Code*<sup>46</sup> - inserito nel titolo 11 dello *United States Code* - a cui sono state apportate ponderose modifiche a seguito dell'emanazione, nel 2005, del *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*<sup>47</sup>.

L'istituto più vicino alla procedura fallimentare - così come tradizionalmente intesa - è contenuto nel *Chapter 7*, destinato a regolare la crisi della *corporation*, ma anche della persona fisica<sup>48</sup>. La *Liquidation* è infatti la procedura attraverso la quale, a seguito della completa cessazione dell'attività dell'impresa dichiarata fallita, l'attivo (*bankruptcy estate*), ove sussistente, viene liquidato ed il ricavato ripartito tra i creditori, sulla base della *Absolute Priority Rule*<sup>49</sup> e per opera di un *Trustee*<sup>50</sup>, che subentra in tutti i diritti, aspettative ed interessi su qualsiasi bene. Il Tribunale può autorizzare il *Trustee* anche a gestire l'attività del debitore per un periodo limitato, ma unicamente se una tale operazione “*is in the best interest of the estate and consistent with the orderly liquidation of the estate*” (par. 721). Al termine della procedura la società o la persona

---

<sup>46</sup> Nel quale tutte le procedure concorsuali sono ricomprese sotto la stessa denominazione di *bankruptcy*, ovvero sia la procedura di liquidazione (*Chapter 7*), sia la procedura di risanamento (*Chapter 11*).

<sup>47</sup> Il testo riformato è reperibile in [www.law.comell.edu](http://www.law.comell.edu).

<sup>48</sup> E' di questo avviso P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, cit., 129. Le recenti modifiche hanno reso più difficile l'accesso alla procedura liquidatoria di cui al *Chapter 7* mediante la previsione di un '*means test*' consistente in un accertamento in ordine alla sussistenza delle reali condizioni economiche del debitore al fine di prevenire eventuali *substantial abuse*.

<sup>49</sup> Si tratta della regola che impone al liquidatore di pagare innanzitutto le spese della procedura, poi i creditori ed infine di distribuire ciò che eventualmente rimanga agli azionisti. Questa vale anche per il fallimento delle persone fisiche, per le quali si distinguono cespiti liquidabili e cespiti non liquidabili.

<sup>50</sup> Una volta depositata la domanda ai sensi del *Chapter 7*, ne viene nominato uno *pro tempore* dall'*United States Trustee* (par. 701); questo diviene definitivo qualora i creditori non riescano a raggiungere un accordo su un altro nominativo. Il *Trustee* deve indagare sulla situazione finanziaria del debitore, deve relazionare a cadenza mensile al tribunale e, se vi sono i presupposti, deve opporsi all'eliminazione di determinati debiti e responsabilità (v. par. 704); “*la principale funzione del Trustee in base al Chapter 7 è quella di raccogliere, liquidare e distribuire tutti i beni del debitore, ed infine chiudere il procedimento il più velocemente possibile, sempre col dovere di agire nella più completa salvaguardia degli interessi dei creditori*”: per questi rilievi, R. DI MASSA, *Il diritto concorsuale statunitense fra risanamento e liquidazione*, in *Fall.*, 2003, 9, 955.

# OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CRISI D'IMPRESA: TENDENZE EUROPEE

fisica, attraverso il beneficio della *discharge* (esdebitazione), otterranno, a determinate condizioni<sup>51</sup>, la liberazione dai debiti residui<sup>52</sup>.

Occorre però dare atto che il perno intorno a cui ruota la giustizia fallimentare statunitense non è la procedura di liquidazione concorsuale di cui al *Chapter 7*, ma quella di *Reorganization* di cui al *Chapter 11*, che permette al debitore, che si lascia alle spalle i propri debiti, la c.d. *fresh financial start*. Il legislatore statunitense ha infatti istituito una procedura giudiziale mirata alla salvaguardia del valore dell'azienda e volta dunque a consentire all'imprenditore insolvente - che può proseguire la gestione dell'attività economica durante tutto il processo - la ristrutturazione dei propri debiti e la riorganizzazione dell'attività di impresa<sup>53</sup>. Il *Chapter 11* prevede, infatti, la possibilità di una *in-court reorganization*<sup>54</sup>, situazione nella quale l'imprenditore - e in difetto di sua iniziativa, i creditori - può formulare un piano di risanamento, da sottoporre all'autorità giudiziaria, volto alla riorganizzazione dell'attività di impresa, e contemplante, generalmente, la dismissione di parti dell'impresa stessa e la negoziazione dei debiti con i creditori mediante un trattamento differenziato per posizione giuridica ed interessi omogenei. La procedura, mirata alla salvaguardia del valore dell'azienda, grazie al beneficio del c.d. *automatic stay*<sup>55</sup>, consente al debitore di proseguire la gestione del proprio *business* durante il processo di ristrutturazione. Il debitore assume la condizione di *debtor in possession* dei propri beni fino a quando il piano di riorganizzazione ottiene

---

<sup>51</sup> Il paragrafo 727 indica tutta una serie di circostanze che impediscono al debitore di fruire del beneficio dell'esdebitazione: dalla distrazione di beni, al compimento di atti fraudolenti di vario genere, all'aver già usufruito negli otto anni precedenti di un analogo provvedimento.

<sup>52</sup> E' stato affermato sul punto che: "L'obiettivo della procedura è quello di evitare il "dilemma del prigioniero" nel quale si cadrebbe, dato l'incentivo individuale di ogni creditore a richiedere il pagamento del suo credito quando comincia a percepire che le attività non sono sufficienti a coprire il pagamento di tutti i creditori; un po' come nei bank run". Così G. TURATI, *Tre "capitoli" per il dissesto*, in [www.lavce.info.it](http://www.lavce.info.it).

<sup>53</sup> Sul tema si veda P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, cit., 129 ss.; P. RIVA, *L'attestazione dei piani delle aziende in crisi*, Milano, 2009, 63 ss.; C.A. GABUARDI, *I sistemi di insolvenza nel subcontinente americano*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); C. G. CASE II, *Business Crisis and Reorganization: the American Experience*, in *Crisi dell'Impresa e riforme delle procedure concorsuali*, Atti del Convegno di Courmayeur, 23-24 settembre 2005, Milano, 2006, 177 ss..

<sup>54</sup> Per le differenze con l'*out-of-court workout* si veda P. RIVA, *L'attestazione dei piani delle aziende in crisi*, cit., 64.

<sup>55</sup> In virtù di tale principio, qualunque azione esecutiva individuale di terzi nei confronti del debitore e del suo patrimonio è sospesa e non può essere intrapresa o proseguita dal creditore per debiti o richieste di indennizzo e pagamento sorte prima della presentazione dell'istanza di *Chapter 11* (par. 362).

# OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CRISI D'IMPRESA: TENDENZE EUROPEE

la *confirmation* da parte del Tribunale, oppure sino a quando la domanda è rigettata, oppure convertita in una procedura di liquidazione di cui al *Chapter 7*.

Com'è stato osservato, se si volesse tracciare un sistema di assi cartesiani in cui le ascisse esprimono il tasso di autonomia privata e l'ordinata i limiti legislativi e il potere di intervento del giudice, si potrebbe affermare che il sistema americano raggiunge il massimo valore di autonomia, il modello francese registra il valore più elevato in termini di eteronomia, ed il modello spagnolo si situa in una zona intermedia, rimanendo, comunque, il sistema più restrittivo<sup>56</sup>.

### 3. La soluzione alla crisi d'impresa tra liquidazione e risanamento

Delineare un quadro comune della regolamentazione dell'insolvenza cercando gli elementi comuni delle principali legislazioni non è sicuramente un'operazione semplice, posto che la natura di queste ultime risulta "tipicamente territoriale e fortemente legata alle diverse politiche legislative statali"<sup>57</sup>.

Un dato appare evidente: ogni ordinamento ha istituito una, o più, procedure che conducono alla liquidazione del patrimonio del debitore, persona fisica o giuridica che sia<sup>58</sup>. L'*iter* attraverso cui l'intento liquidatorio viene raggiunto (o viene evitato) non è, come si è dato atto, sempre il medesimo. In alcuni casi viene concessa al debitore, lungo il percorso che porta alla dissoluzione del suo patrimonio, la possibilità di intervenire, deviando la procedura dal suo esito naturale (come, ad esempio, nel caso dell'*Insolvenzplan* tedesco o, in Spagna, quando si presenta un *convenio* una volta aperto il *concurso*); in direzione opposta vanno i sistemi che in origine mirano ad una riabilitazione dell'impresa e che prevedono la possibilità di una conversione ad un esito liquidatorio quando il conseguimento dello scopo sia mancato o quando l'insuccesso della procedura sia altamente probabile (così per il *Chapter 11* 'convertito' in *Chapter 7*).

Ciò che pare intravedersi nelle discipline sinteticamente prese in esame, in maniera più o meno accentuata, è l'intento di offrire una soluzione che meglio riesca a

---

<sup>56</sup> Per la classificazione e le conclusioni raggiunte si veda P. MONTALENTI, *Le soluzioni concordate alle crisi di impresa: gli interventi del legislatore italiano con uno sguardo comparatistico*, cit., 171.

<sup>57</sup> C. CARRARA CERARDI, *I principi europei di diritto fallimentare: un recente progetto accademico per l'individuazione di principi comuni europei sul fallimento*, in *Dir. fall.*, 2004, 3-4, 623 ss..

<sup>58</sup> Segnala L. GHIA, *Le piccole e grandi crisi: uno sguardo dal ponte*, in *Grandi e piccole insolvenze: dal caso Chrysler alla crisi del consumatore*, Atti del convegno di Alba, 28 novembre 2009, 125, che l'ordinamento italiano è l'unico, insieme alla Grecia, a non prevedere alcuna specifica procedura di gestione dell'insolvenza delle persone fisiche civili, che restano di conseguenza prive della possibilità di accedere all'eventuale beneficio dell'esdebitazione.

# OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

CRISI D'IMPRESA: TENDENZE EUROPEE

soddisfare i creditori rispetto a quella che si otterrebbe dalla classica liquidazione fallimentare.

La tendenza, in fondo, non appare forse altro che quella di abbandonare le procedure a carattere meramente liquidatorio (anche dette *creditor oriented*<sup>59</sup>), privilegiando l'accoglimento di strumenti di allerta e prevenzione dello stato di insolvenza, fortemente invocati per arginare le ripercussioni sociali ed economiche della crisi di impresa (esemplare in questo senso è il caso della Francia e del Regno Unito), o rileggendo le procedure di liquidazione in funzione di riorganizzazione dell'impresa, al fine di assicurarne la continuità per la tutela dei livelli occupazionali<sup>60</sup>.

L'attuale approccio delle singole legislazioni, compresa quella italiana, spinte in tal senso dalle indicazioni di provenienza para e sovra nazionale, non sembrerebbe infatti tanto quello di un *race to the bottom*<sup>61</sup>, quanto, piuttosto, quello della massimizzazione del valore residuo dell'impresa a beneficio dei creditori o quantomeno quello della conservazione dell'impresa stessa a beneficio del circuito economico generale, e ciò, di regola, attraverso le più eterogenee procedure paraconcorsuali, concordatarie e di natura negoziale.

L'attenzione comune dei legislatori è rivolta alla ricerca di soluzioni dirette al 'salvataggio', preventivo o a posteriori che sia, evitando una gestione 'giudiziarica' e lasciando al dialogo tra gli stessi diretti interessati - creditori e impresa - la sistemazione 'stragiudiziale', in maniera più o meno vincolata, della crisi. Senza addentrarsi in un campo che sta fuori, sebbene a lato, dell'oggetto della presente trattazione, ciò che preme mettere in risalto è appunto l'interesse generale rivolto a questi obiettivi di salvaguardia di alcuni valori, tale da rendere 'funzionalmente' orientate le procedure concorsuali, compresa, come si avrà modo di rilevare, quella fallimentare a seguito della riforma.

---

<sup>59</sup> Così definisce G. SCHIANO DI PEPE, *Liquidazione o risanamento nel diritto comparato*, in *Fall.*, 1996, 9, 915.

<sup>60</sup> Così A. CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali. Dalla legge 12 maggio 2005 n. 80 al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, cit.*, 16, che parla di "socializzazione del diritto concorsuale".

<sup>61</sup> M. SCIUTO, *Crisi dell'impresa e crisi della sovranità statale nel mercato globale (convergenza, concorrenze e coordinamento delle norme nazionali)*, cit., 413.

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

## SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

### INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

#### MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO

**Società a responsabilità limitata semplificata** – Con la Circolare n. 3657/C il Ministero dello Sviluppo Economico ha diffuso il parere reso dal Ministero della Giustizia in tema di s.r.l.s., in cui si chiarisce che l'atto costitutivo e lo statuto possono “*essere integrati dalla volontà negoziale delle parti*”, in quanto il modello *standard* adottato con Decreto interministeriale n. 138/2012 contiene unicamente le “*clausole minime essenziali*” della società prevista dall'art. 2463 *bis* c.c.

La Circolare è reperibile sul sito [www.sviluppoeconomico.gov.it](http://www.sviluppoeconomico.gov.it).

#### COMMISSIONE EUROPEA

**Trasferimento transfrontaliero** – La Commissione europea ha avviato una pubblica consultazione relativa al trasferimento transfrontaliero, per poter raccogliere informazioni, tra l'altro, sui motivi sottostanti la scelta delle società di trasferire la sede sociale all'estero, nonché sui correlati costi sostenuti, al fine di valutare l'opportunità di un intervento normativo europeo.

La consultazione pubblica è aperta sino al 16 aprile 2013 ed il questionario è disponibile al link [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/seat-transfer/docs/consultation-document\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/docs/consultation-document_it.pdf).

#### ASSIREVI

**Liste di controllo dei principi di redazione del bilancio** – L'Assirevi ha diffuso il *Quaderno n. 7*, con il quale ripropone “*le liste di controllo complete ed aggiornate a seguito dell'evoluzione nella normativa e nei principi contabili di riferimento*” alla data del documento, destinato ad essere utilizzato “*dai soggetti incaricati della revisione, ritenendo che possano rappresentare un utile strumento di sintesi non solo per coloro che svolgono attività di revisione contabile, ma anche per coloro che sono direttamente coinvolti nel processo di redazione del bilancio*”. Le liste di controllo vertono sui prin-

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

cipi di redazione del bilancio d'esercizio civilistico e del bilancio consolidato redatto in conformità al D.Lgs. 9 aprile 1991, n. 127, nonché sulle informazioni integrative da fornire nelle note ai bilanci *IAS/IFRS compliant*.

Il *Quaderno n. 7* ed i relativi allegati sono pubblicati sul sito [www.assirevi.it](http://www.assirevi.it).

## CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

**Diffusione delle s.r.l. semplificate e a capitale ridotto** – Sono stati diffusi dal Consiglio Nazionale del Notariato i dati relativi alla costituzione di s.r.l. semplificate e s.r.l. a capitale ridotto nei primi mesi dalla loro introduzione nell'ordinamento nazionale, rispettivamente pari a 2.941 e 1.221, per un totale di 4.162 società.

La distribuzione geografica per provincia è reperibile sul sito [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

**Il procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento** – Il Consiglio Nazionale del Notariato ha divulgato lo Studio n. 25-2012/E avente ad oggetto l'istituto disciplinato dalla L. 27 gennaio 2012, n. 3, (vds. n. 10/2012 di questa *Rivista*), esaminato in particolare da un punto di vista procedimentale.

Il testo dello Studio n. 25-2012/E, diffuso il 4 gennaio 2013, è disponibile sul sito [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

**Questioni in tema di prelazione statutaria** – È stato pubblicato lo Studio n. 158-2012/I concernente “*alcune questioni conseguenti all'evoluzione interpretativa, teorica e giurisprudenziale, in materia di limiti statutari alla circolazione delle partecipazioni*”, con precipuo riguardo alla prelazione statutaria, analizzata inoltre in rapporto alle operazioni di fusione e scissione ed all'intestazione fiduciaria.

Lo Studio n. 158-2012/I, reso noto il 4 gennaio 2013, è reperibile sul sito [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

**I limiti all'attività negoziale del debitore sottoposto a procedure concorsuali** – Lo Studio n. 163-2012/I affronta il tema delle limitazioni all'attività negoziale di un debitore sottoposto a fallimento, approfondendo alcune ipotesi tra cui l'acquisto di eredità e la partecipazione in società. Inoltre, sono esaminati i limiti posti al debitore coinvolto in una procedura di concordato preventivo.

Il documento n. 163-2012/I, divulgato il 4 gennaio 2013, è consultabile al sito [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

## IVASS

**Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni** – L'Isvap è sostituito, a far data dal 1° gennaio 2013, dall'Ivass, introdotto dal D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla L. 7 agosto 2012, n. 135. Gli organi dell'Istituto – previsti dallo statuto – sono il Presidente

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 2/2013

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

(che coincide con il Direttore generale di Banca d'Italia), il Consiglio ed il Direttorio integrato.

Il sito ufficiale dell'Istituto è [www.ivass.it](http://www.ivass.it).

## GIURISPRUDENZA

**Concordato preventivo con riserva** – Il Tribunale di Pinerolo ha dichiarato inammissibile la domanda di concordato preventivo con riserva nel caso in cui siano violati gli obblighi di informazione previsti periodicamente dal Tribunale, nonché siano realizzati atti di straordinaria amministrazione in assenza di una previa autorizzazione da parte del Collegio, disattendendo le indicazioni del decreto con cui il Tribunale ha accolto, in un primo momento, la domanda. Nel caso di specie, i Giudici hanno ritenuto atti di straordinaria amministrazione la stipula di contratti di comodato, nonché di contratti di lavoro a tempo determinato con i dipendenti richiamati dalle liste di mobilità, constatando, inoltre, “*la ripresa dell'attività di produzione*” in luogo della semplice “*continuazione dell'esercizio provvisorio dell'azienda*”, essendo stata riattivata l'attività produttiva non solo per “*evadere gli ordini che erano già stati acquisiti*”, ma anche per “*soddisfare le esigenze dello spaccio aziendale*”.

Il decreto del Tribunale di Pinerolo del 9 gennaio 2013 è disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

**Azione di responsabilità promossa dal curatore** – La Corte di Cassazione ha ribadito che “*l'azione esercitata dal curatore del fallimento ai sensi dell'art. 146 l.f., ha natura contrattuale e carattere unitario ed inscindibile, risultando frutto della confluenza in un unico rimedio delle due diverse azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c.: pertanto, l'attore è tenuto a fornire esclusivamente la prova delle violazioni commesse e del nesso di causalità tra le stesse ed il danno verificatosi, mentre incombe ad amministratori e sindaci l'onere di dimostrare la non imputabilità del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti*”.

Corte di Cassazione, 9 gennaio 2013, n. 319.

**Bancarotta e nozione di depauperamento** – La Suprema Corte ha precisato che deve considerarsi depauperamento “*non solo un esborso ingiustificato di danaro o una ingiustificata cessione di altri beni, ma anche l'altrettanto ingiustificata assunzione di obbligazioni debitorie [nel caso di specie la società aveva rilasciato fidejussioni, n.d.r.] da parte di un'impresa che poi, proprio a causa di tale assunzione, venga a trovarsi in stato di decozione e sia quindi assoggettata a fallimento*”.

Corte di Cassazione penale, 9 gennaio 2013, n. 1062.

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

**La relazione ex art. 28 d.lgs. n. 270/99** – La Corte d’Appello di Torino, con sentenza in data 11 dicembre 2012, ha ritenuto che la relazione ex art. 28 d. lgs. n. 270/99, da depositare entro trenta giorni dalla dichiarazione dello stato d’insolvenza, è un’attribuzione personale del Commissario giudiziale nell’adempimento del proprio ufficio.

Il Commissario giudiziale, così come il Curatore fallimentare, deve esercitare personalmente le attribuzioni derivanti dal proprio ufficio, potendo delegare ad altri solo singole operazioni, previa autorizzazione del Giudice delegato (secondo la disciplina vigente fino al luglio 2006, applicabile *ratione temporis*), sotto la propria responsabilità e a proprie spese.

**I compiti del Commissario giudiziale nella c.d. fase di osservazione** – La Corte d’Appello di Torino, con sentenza in data 17 dicembre 2012, ha ritenuto che ai sensi dell’art. 18 d. lgs. 270/99, gli effetti della dichiarazione dello stato d’insolvenza sono individuati attraverso il richiamo di talune disposizioni relative al fallimento (artt. 45 e 52) e, soprattutto, al concordato preventivo (artt. 16, 168 e 169).

Allorquando, nella c.d. fase di osservazione, la gestione dell’impresa rimanga in capo al debitore (compreso quindi il liquidatore se trattasi di società) questa deve essere rendicontata e ogni atto di straordinaria amministrazione che ingeneri un credito di natura prededucibile ex artt. 111 l.f. e 20 d. lgs. 270/99 perché connesso alla continuazione dell’impresa, esso presuppone, ex art. 167 l.f., pur sempre – quale condizione di efficacia ed opponibilità nei confronti della massa – che venga autorizzato dal giudice delegato.

Il Commissario giudiziale nella c.d. fase di osservazione, qualora la gestione dell’impresa rimanga in capo al debitore, ha un dovere di controllo non soltanto formale o procedurale ma anche di opportunità e convenienza sostanziale per la massa, rispondendo, in caso di omissione, a titolo risarcitorio.

Qualora all’importo oggetto di restituzione, in quanto inefficace nei confronti della massa, sia stata operata la ritenuta d’acconto tale versamento – ancorché effettuato ex lege nelle mani dell’amministrazione finanziaria – poggia su una causale altrettanto inefficace per cui sarà eventualmente onere del soggetto obbligato alla restituzione ripetere tale importo direttamente dall’amministrazione finanziaria, stante il venir meno della materia imponibile a suo carico.

# SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

## SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

### INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

#### **Quotazioni delle valute estere per il mese di novembre 2012**

Sul sito Internet dell’Agenzia delle entrate ([www.agenziaentrate.it](http://www.agenziaentrate.it) – Provvedimenti soggetti a pubblicità legale) è stato pubblicato, con relative tabelle allegate, il Provvedimento recante - ai sensi dell’art. 10, comma 9, del Tuir e agli effetti degli articoli dei Titoli I e II, dello stesso Tuir, che vi fanno riferimento - l’accertamento del cambio delle valute estere per il mese di novembre 2012.

*(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 13.12.12, prot. n. prot. 2012/181082)*

#### **Pronto il modello di istanza e le istruzioni per il rimborso delle imposte per la mancata deduzione Irap**

L’Agenzia delle entrate ha pubblicato il modello di istanza con cui poter richiedere il rimborso delle maggiori imposte sui redditi (Irpef e Ires) versate per effetto della mancata deduzione dell’Irap relativa alle spese per il personale dipendente e assimilato (art. 2 del Dl n. 201/2011).

*(Agenzia delle entrate, Provvedimento n. 2012/140973 del 17 dic. 2012)*

#### **Fringe benefit, pubblicate le tabelle Aci per auto e moto in uso a dipendenti**

Il Supplemento Ordinario alla G.U. n. 297/12 riporta la fissazione delle coordinate per quantificare i fringe benefit per auto e moto date in uso ai dipendenti nel prossimo anno. Le misure del costo chilometrico su 15 mila km, valide per il 2013, sono contenute nelle consuete tabelle calcolate dall’Aci costituite di cinque colonne: le prime tre servono a individuare il veicolo del quale si vuole determinare il benefit; le ultime due contengono i riferimenti per il calcolo, ossia il costo chilometrico a 15.000 km e il valore del fringe benefit annuale (per tutti i 365 giorni). Se il veicolo ricercato non è presente nelle tabelle Aci (per esempio, è un nuovo modello), va preso a riferimento il veicolo che per caratteristiche risulta più simile.

*(Tabelle Aci, in G.U. n. 297 del 21 dic. 2012, S.O. n. 21)*

### GIURISPRUDENZA

#### **La normativa italiana sul plusvalore da conferimenti di rami d’azienda è legittima**

La Corte di Giustizia della Ue ha statuito che, rientrando nelle facoltà degli Stati membri prevedere nei conferimenti di rami aziendali l’iscrizione in bilancio di

# SEGNALAZIONI

## DIRITTOTRIBUTARIO

un'apposita riserva in sospensione d'imposta corrispondente al plusvalore emerso dall'operazione, l'art. 2 del d.lgs n. 544/92 è legittimo e compatibile con la Direttiva 90/434/Cee, non potendo la neutralità fiscale di un'operazione straordinaria diventare un'esenzione definitiva.

*(Corte di Giustizia della Ue, sentenza del 19 dic. 2012, causa C-207/11)*

### **Le Vendite sotto costo tra società dello stesso gruppo non costituisce elusione I costi per la manutenzione delle aree circostanti l'azienda sono deducibili**

La Corte di Cassazione ha statuito:

- che la vendita sottocosto fra grossisti appartenenti al medesimo gruppo societario non può essere tacciata dal fisco come elusione fiscale; ciò in quanto tale operazione commerciale ha altri scopi e utilità, per le aziende che vi partecipano, oltre quella di un risparmio fiscale. E' da escludersi, infatti, che nei trasferimenti, per così dire "interni", della merce tra società, entrambe residenti, facenti parte dello stesso gruppo e operanti nella stessa fase di commercializzazione, si possa far ricorso al criterio del «valore normale», vale a dire al «prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari», in quanto difettano due dei requisiti stabiliti dal comma 3 dell'art. 9 del Tuir, le «condizioni di libera concorrenza» e il medesimo stadio di commercializzazione»;
- che sono deducibili le spese relative al costo di manutenzione delle aree circostanti ma appartenenti all'azienda, come il giardino; ciò perché, "affinché un costo sostenuto dall'imprenditore sia fiscalmente deducibile dal reddito d'impresa non è necessario che esso sia stato sostenuto per ottenere una ben precisa e determinata componente attiva del reddito ma è sufficiente che esso sia correlato in senso ampio all'impresa in quanto tale e cioè sia stato sostenuto al fine di svolgere un'attività potenzialmente idonea a produrre utili".

*(Cassazione, sentenza n. 23551 del 20 dic. 2012)*

## LEGGE DI STABILITÀ 2013

**(LEGGE N. 228 DEL 24 DIC. 2012, IN G.U. N. 302 DEL 29 DIC. 2012, S.O. N. 212)**

### COMMA 95

#### *Ricerca e sviluppo*

Il comma 95 prevede, a decorrere dall'anno 2013, l'istituzione di un fondo per la concessione di un credito d'imposta per la ricerca e lo sviluppo, nonché per la riduzione del cuneo fiscale, riservato alle imprese e alle reti d'impresa che affidano attività di ricerca e sviluppo a università, enti pubblici di ricerca o organismi di ricerca, ovvero che realizzano direttamente investimenti in ricerca e sviluppo.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 2/2013

# SEGNALAZIONI

## DIRITTOTRIBUTARIO

### **Comma 473**

#### ***Rivalutazioni beni d'impresa***

Il comma 473 prevede, in tema di riapertura di termini in materia di rivalutazione di beni di impresa e di rideterminazione di valori di acquisto (dl n. 282/02, art. 2), che sia necessario il possesso dei beni in questione alla data del 1° gennaio 2013 e il pagamento dell'imposta sostitutiva, anche in relazione alla prima rata, entro il 30 giugno 2013.

### **Commi da 491 a 500**

#### ***Tobin Tax***

I commi da 491 a 500 introducono una tassa sulle transazioni finanziarie sui mercati regolamentati e non, oltre che sul trading ad alta frequenza. La tassa sarà attiva dal 1° marzo 2013 per titoli ed azioni, dal 1° luglio 2013 per i derivati.

L'aliquota per i mercati regolamentati sarà dello 0,12% (0,1% dal 2014) e per quelli non regolamentati, su cui sarà applicata da luglio 2013, dello 0,22% (0,2% dal 2014).

Per i derivati l'imposta è invece prevista in misura fissa, con un massimo di 200 euro.

Il trading più speculativo verrà a sua volta tassato con un'aliquota dello 0,02% sulle negoziazioni ad alta frequenza (high frequency trading).

### **Comma 501**

#### ***Deducibilità auto***

Il comma 501 dispone la riduzione della deducibilità delle spese auto nell'esercizio di impresa, arti e professioni dal 27,5% al 20%. La previsione decorre dal periodo di imposta 2013.

### **Commi da 502 a 505**

#### ***Riallineamenti***

I commi da 502 a 505 dispongono, in tema di riallineamento ex dl n. 185/2008 e dl n. 201/2011, che il regime delle imposte sostitutive venga differito di cinque anni. Gli effetti cominceranno, quindi, rispettivamente dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2017 (invece che 2012): per i soggetti "solari", quindi, gli effetti decorrono dal 2018 in luogo del 2013.

Vi viene altresì previsto che il versamento dell'imposta sostitutiva relativo alle operazioni effettuate nel periodo di imposta in corso al 31 dicembre 2011 venga effettuato in un'unica rata, da versare entro il termine di scadenza dei versamenti del saldo delle imposte sui redditi dovute per il periodo d'imposta 2012.

# SEGNALAZIONI

## DIRITTOTRIBUTARIO

### **Commi 506, 507 e 508**

#### *Assicurazioni*

I commi da 506 a 508 dispongono:

- l'aumento dell'imposta dovuta dalle Assicurazioni sulle riserve matematiche dei rami vita, incrementandola dall'attuale 0,35% allo 0,5% per il 2012 (in deroga allo Statuto del contribuente) e dall'attuale 0,35% allo 0,45% dal 2013 in poi;
- che se nel 2013 l'ammontare del credito d'imposta non ancora compensato o ceduto aumentato dell'imposta da versare, eccede il 2,50 per cento delle riserve matematiche dei rami vita iscritte nel bilancio dell'esercizio, l'imposta da versare per tale anno è corrispondentemente ridotta; in ciascuno degli anni successivi tale percentuale è ridotta di 0,1 punti percentuali fino al 2024 ed è pari all'1,25 per cento a partire dal 2025;
- che, a decorrere dall'anno 2013, per i contratti di assicurazione sulla vita e di capitalizzazione stipulati entro il 31 dicembre 1995 da soggetti esercenti attività commerciali, si applicano le disposizioni introdotte dal decreto legislativo 18 febbraio 2000, n. 47. I redditi costituiti dalla differenza tra il valore della riserva matematica di ciascuna polizza alla data del 31 dicembre 2012 e i premi versati si considerano corrisposti a tale data; la ritenuta è applicata a titolo di imposta, ai sensi dell'articolo 6 della legge 26 settembre 1985, n. 482 ed è versata, nella misura del 60 per cento, entro il 16 febbraio 2013; la residua parte è versata, a partire dal 2014, in quattro rate annuali di pari importo entro il 16 febbraio di ciascun anno. La provvista della ritenuta può essere acquisita dall'impresa di assicurazione mediante la riduzione della predetta riserva.

### **Comma 509**

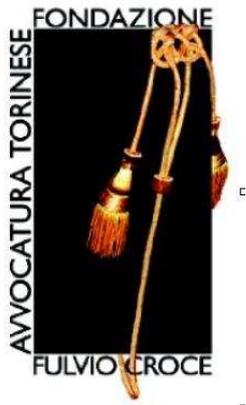
#### *Bollo su depositi e titoli*

Il comma 509, in tema di imposta di bollo su depositi e titoli, prevede a partire dal 2013 un tetto massimo di 4.500 euro sull'imposta dovuta dai soggetti diversi dalle persone fisiche.

### **Commi 520 e 521**

#### *Gestioni individuali di portafoglio*

Il commi 520 e 521 dispongono l'imponibilità (prima erano esenti) delle gestioni individuali di portafoglio poste in essere dal 1.01.13, per le quali l'imposta verrà applicata con aliquota ordinaria sulle commissioni.



**UTET**  
GIURIDICA

**La Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce  
e  
la Casa Editrice Utet**

**presentano i**

**Seminari di fondazione del 'Trattato di diritto fallimentare' a  
cura di Luciano Panzani e Oreste Cagnasso**

Gli incontri si terranno presso i locali della Fondazione dell'Avvocatura Torinese "Fulvio Croce", in Torino, via Santa Maria 1, dalle **ore 17,00 alle ore 19,00**.

**Programma**

*Introduzione a cura del Presidente della Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce, avv. Marco D'Arrigo*

*Modera e presiede gli incontri il Presidente del Tribunale di Torino, dott. Luciano Panzani*

**1. 15 gennaio 2013 - *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani attestati***

prof. avv. Stefano Ambrosini - dott. Paolo De Marchi Albengo - prof. avv. Bruno Inzitari

**2. 22 gennaio 2013 - *Il concordato preventivo***

prof. avv. Marco Arato - prof. avv. Oreste Cagnasso - prof. avv. Achille Cutrera -  
dott. Giuseppe Minutoli - dott. Enrico Stasi

**3. 29 gennaio 2013 – I presupposti della procedura fallimentare**

prof. avv. Francesco De Santis – prof. avv. Gaetano Presti

**4. 5 febbraio 2013 – L'amministrazione straordinaria**

dott. Enrico Stasi – dott. Vittorio Zanichelli

*Il corso è gratuito.  
La partecipazione ad ogni incontro dà diritto all'attribuzione di due crediti formativi.*

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

# IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

**ItaliaOggi**

ItaliaOggi Editori - Erinne srl – Via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano  
Telefono 02/58219.1 – Telefax 02/58317598 – email: [mlongoni@class.it](mailto:mlongoni@class.it)  
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02/58219209)

**Tariffe abbonamenti:** euro 120, 00  
(abbonamento annuale 24 numeri)

Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti telefonare al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196 allegando, oltre alla richiesta di abbonamento con i propri dati anagrafici, fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano, oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

**Distribuzione:** ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Vendita esclusiva per abbonamento.

**Servizio Abbonamenti:** per informazioni e/o segnalazioni comporre il numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

**Concessionaria esclusiva per la pubblicità:** Class Pubblicità, via Marco Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel. 02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 - Executive Chairman: Andrea Mattei - Deputy Chairman Digital: Gianalberto Zaponini.

## IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Registrazione al Tribunale di Milano n. 618 del 8-11-2002 – Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a ItaliaOggi Editori - Erinne srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di ItaliaOggi Editori - Erinne srl.