

# IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ  
DI SIENA  
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 9 - dicembre 2013

# IANUS

## Diritto e finanza

N. 9  
dicembre 2013

# IANUS

**Diritto e Finanza**

**N. 9 - 2013**

**Ianus - Diritto e finanza**

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 9 - dicembre 2013

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<http://www3.unisi.it/ianus/>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

## INDICE

### SAGGI

Presentazione .....	5
Argomentazioni costituzionali contro la giuridificazione della ricerca storica, di IRENE SPIGNO .....	11
Quando il sonno della ragione (storica) genera mostri: la "profondità" dell'ordinamento si vendica, di FABIO PACINI .....	45
Storia e diritto in Israele. Dalle leggi fondamentali alla definizione del popolo israeliano, di GIAMMARIA MILANI .....	65
Ragioni storiche e perduranti dubbi circa la fondatezza di alcuni casi di esclusione da fallimento e concordato preventivo, di LEONARDO GIANI .....	83
Dal <i>decoctor ergo fraudator</i> alla composizione negoziale dell'insolvenza: il "viaggio" dell'autonomia privata nel diritto fallimentare, di IVAN LIBERO NOCERA .....	109
Dalla <i>Volksbank</i> alla banca popolare: origini del dibattito su "forma" e "sostanza" di un istituto controverso, di GIOVANNI ROMANO .....	163

### ALTRI SAGGI

Il rapporto banca-industria nella nuova disciplina di vigilanza in materia di partecipazioni detenibili dalle banche e dai gruppi bancari, di MARIA ELENA SALERNO .....	265
---	-----

### GIURISPRUDENZA

Il diritto alla genitorialità giuridica tra indisponibilità e riconoscimento tardivo del figlio, alla luce della sentenza della Corte di cassazione, sez. I civile, 7 febbraio 2014, n. 2802, di STEFANO QUAGLIATA .....	317
---	-----

### MATERIALI

*Sentenza Cassazione civile, Sez. I, n. 2802 del 7 febbraio 2014*



## **PRESENTAZIONE**

Il secondo numero annuale di Ianus – come è ormai tradizione – è riservato in gran parte alla pubblicazione degli atti del workshop per giovani ricercatori la cui quarta edizione è stata dedicata a “Il passato, il presente, il futuro. Rileggendo il diritto positivo con metodo storico”.

La scelta tematica di questa quarta edizione del workshop, oltre che connaturata alla volontà degli organizzatori di stimolare la ricerca ed il confronto tra giovani studiosi, all’interno di un panorama sempre più desolante per le ormai croniche ristrettezze economiche in cui versa l’istituzione universitaria in Italia, intende onorare la figura di Franco Belli che ci aveva da poco lasciati. Non è questa la sede per parlare del giurista Franco Belli; altri lo hanno fatto e lo faranno con maggiore autorevolezza di quanto potremmo fare noi. Qui vogliamo solo ricordare l’uomo Franco Belli, la sua disponibilità, la sua sincerità, la sua ironia.

Massimo D’Auria, Claudia Faleri, Gabriella Gimigliano, Nicola Vizioli



Questo libro dedica molto spazio alla storia. È una mia scelta antica, il lupo perde il pelo ma non il vizio. È una scelta della quale sono convinto, anche se so che la storia è faccenda passata di moda; anzi, lo sono, proprio perché ho questa consapevolezza. (...) Oramai, il sapere non è sapere se non è immediatamente strumentale, mirato, frammentato, specializzato, depurato da quelli che sono considerati orpelli, e dalle contaminazioni e fascinazioni ritenute quantomeno incongrue.

Soprattutto, questo è forse il punto, il sapere è sapere solo nel breve periodo. Ciò, si badi bene, non nel senso che la cultura è quello che resta a mano a mano che si dimentica, che si screma, che si vaglia. Il sapere è considerato, per così dire, a scadenza, “da consumarsi preferibilmente entro...” (...) è doveroso, soprattutto come insegnanti e come studenti, tentare di creare degli antidoti a questa sorta di “cultura dell’attimino”: recuperare il senso del lungo periodo all’indietro ed in avanti, per studiare il presente e magari – perché no? – per immaginare il futuro (il futuribile) ...

(Franco Belli, Corso di legislazione bancaria, 2010)





## **SAGGI**



## ARGOMENTAZIONI COSTITUZIONALI CONTRO LA GIURIDIFICAZIONE DELLA RICERCA STORICA

**Irene Spigno**

*Assegnista di Ricerca in Diritto Pubblico nell'Università di Siena*

*Attraverso l'analisi delle argomentazioni costituzionali sviluppate dal Tribunal Constitucional spagnolo e dal Conseil Constitutionnel francese, il presente lavoro si interroga sui rischi legati alla consacrazione in strumenti giuridici – tanto atti normativi quanto sentenze – di una materia quale la ricerca storica, per definizione illimitata ed in continua evoluzione.*

*Throughout the analysis of the constitutional arguments developed by the Spanish Tribunal Constitucional and the French Conseil Constitutionnel, this article focuses on the dangers related to the consecration in legal instruments – legislative acts as well as judicial decisions – of the historical research, fundamentally unlimited and in continuous evolution.*

Sommario:

1. Quando diritto e storia si incontrano
2. La “legiferazione della storia”: un *focus* sull'esperienza francese
3. L'elaborazione giudiziale del metodo storico corretto
4. Le argomentazioni costituzionali a difesa della libertà di ricerca storica
5. Come ricordare senza “giudicare”?

## 1. Quando diritto e storia si incontrano

Seppur discipline ontologicamente diverse, la storia ha sempre permeato il diritto, costituendone – seppur con differenti sfumature – parte integrante<sup>1</sup>. Se è vero che i giuristi hanno sempre mostrato una particolare propensione alla nascita e allo sviluppo nel tempo delle norme giuridiche – attitudine questa ben espressa nella frase «*law is frozen history*»<sup>2</sup> –, è altrettanto vero che, a partire dalla fine della seconda guerra mondiale ed in particolare con i processi di Norimberga e Tokyo, per la prima volta la storia è stata condotta al di fuori dei confini di una conferenza internazionale per essere sottoposta alla dialettica processuale tra accusa e difesa. Da questo momento si è intensificato un fenomeno in realtà già presente nel passato<sup>3</sup> (come si vedrà in modo più approfondito nel paragrafo successivo), che assiste, da un lato, alla produzione normativa di atti il cui contenuto oscilla tra il simbolico e il commemorativo (le cd. *lois memoriales*<sup>4</sup>) e, dall'altro,

---

<sup>1</sup> Cfr. RESTA-ZENO-ZENCOVICH, *La storia "giuridificata"*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, 11. Si vedano inoltre GINZBURG, *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, Milano, 2006, 16 ss., il quale si focalizza sui legami "genetici" tra le due discipline, e i diversi contributi in *Storia, verità, diritto*, in *Contemporanea*, 2009, 1, 105-155.

<sup>2</sup> Cfr. FRIEDERICH, *Law and History*, in *Vanderbilt L. Rev.*, vol. 14, 1961, 1027. La relazione tra le due discipline è talmente stretta da giustificare un autonomo insegnamento nelle facoltà giuridiche, quello di storia del diritto.

<sup>3</sup> A tale proposito è stato segnalato un vero e proprio cambio di paradigma in quanto prima dei processi di Tokyo e Norimberga prevaleva un'attitudine di deferente rispetto ai confronti degli avvenimenti storici alla quale si accompagnava una tutela piuttosto debole dei beni della personalità come la riservatezza e l'identità. Ha fatto quindi seguito una notevole crescita di importanza dell'uso pubblico della storia e di conseguenza si è preteso un innalzamento della soglia della diligenza professionale richiesta allo storico. A tale proposito si vedano RESTA-ZENO ZENCOVICH, *La storia "giuridificata"*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, cit., 23 e LE CROM, *Juger l'histoire*, in *Droit et société*, 1998, 37.

<sup>4</sup> Volendo tentare un approccio classificatorio, le normative antinegazioniste rientrano nella categoria delle cd. "leggi sulla memoria", *genus* ampio all'interno del quale è possibile individuare diverse *species*, tra le quali le leggi sulla memoria storica. Tali normative, analogamente a quelle che puniscono il negazionismo, pongono l'interprete davanti a diversi interrogativi ricollegati specialmente al particolare rapporto tra diritto e storia. Per quanto concerne la questione delle *lois memoriales* si rinvia ai diversi contributi in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, cit.

alla formazione giudiziale di una memoria storica (come nei processi contro i negazionisti)<sup>5</sup>.

Si è così cominciato a parlare di una tendenza alla “giuridificazione della storia”<sup>6</sup>, espressione questa che anche se in realtà riassume situazioni e problematiche variegata e differenti, in questo lavoro sarà intesa come la regolamentazione formale in strumenti giuridici di una materia – la storia – precedentemente disciplinata solo da convenzioni sociali<sup>7</sup>.

Occorre a questo punto fare un’ulteriore precisazione preliminare per quanto riguarda il concetto stesso di “storia”. In particolare, due sono le accezioni con le quali questo termine può essere inteso<sup>8</sup>: la prima è quella secondo la quale la storia è un “insieme di eventi del passato”. È il diritto che stabilisce in uno strumento giuridico cosa è successo: così, nascondendosi dietro alla necessità di disciplinare giuridicamente il rapporto di una comunità politica con il proprio passato, le istituzioni politiche – sia a livello nazionale, che sovranazionale<sup>9</sup> e internazionale<sup>10</sup> – cristallizzano in atti normativi

---

<sup>5</sup> A tale proposito si rinvia a MELLONI, *Per una storia della tribunalizzazione della storia*, in MARQUARD-MELLONI, *La storia che giudica, la storia che assolve*, Roma-Bari, 2008, 30 ss. e anche TUCCI, *La diffamazione dei partigiani: il caso Bentivegna*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, cit., 352.

<sup>6</sup> Con questa espressione si intende la volizione normativa che intende dare un sigillo di realtà giuridica a determinati accadimenti storici, validandone i loro contenuti, che vengono così descritti e celebrati pubblicamente. In questo senso, cfr. D’ORAZIO *La memoria doverosa. L’esperienza francese delle lois mémorielles*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, cit., 414.

<sup>7</sup> Si vedano RESTA-ZENO-ZENCOVICH, *La storia “giuridificata”*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, cit., 12 e ALPA, *Diritto e giuridificazione*, in COSTANZA, *Oltre il diritto*, Padova, 1994, 177 ss.

<sup>8</sup> Cfr. LE GOFF, *Histoire*, in ID., *Histoire et mémoire*, Paris, 1988, 180.

<sup>9</sup> In questo senso si può segnalare l’atteggiamento assunto dall’Unione europea che ha incluso la negazione, l’apologia o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità e di guerra tra le condotte che gli Stati membri si devono impegnare a contrastare con mezzi efficaci nella lotta contro qualunque forma di razzismo e di xenofobia. A tale fine, il Consiglio dell’Unione europea ha approvato la Decisione quadro 2008/9133/GAI. Si veda per un approfondimento SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova, 2009 (anche degli approcci sviluppati a livello comparato, in particolare per quanto riguarda la Germania). Si veda, inoltre, CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, 379.

determinati fatti storici, che assurgono al rango di “imperativi della memoria”, cioè verità storiche normativamente stabilite<sup>11</sup>. Nella seconda accezione, invece, la storia deve intendersi come “storiografia”<sup>12</sup>, metodo della ricerca storica che ha le proprie regole per quanto riguarda la ricostruzione e l’interpretazione dei fatti storici. Si tratta di due profili strettamente connessi, ma che richiedono comunque una distinzione sul piano teorico (pertanto ci si concentrerà prevalentemente su questa seconda accezione).

L’“uso pubblico della storia”<sup>13</sup> solleva diverse problematiche sia di rilievo costituzionale, in particolare per quanto riguarda il contrasto tra diversi diritti fondamentali, ma anche con riferimento all’estrema attualità della questione sul piano politico e culturale. Difatti, il tema della storia quale strumento del discorso pubblico e politico coinvolge allo stesso tempo la questione della verità storica, della libertà d’espressione e dei suoi limiti, il ruolo dello Stato nell’educazione, la relazione esistente tra giustizia, morale e politica. Ma non solo. Tanto le *lois mémorielles*, quanto le normative antinegazionismo sono dirette

---

<sup>10</sup> Si veda CARTA, *Historical Injustices: legittimazione passiva e forme della riparazione nel diritto internazionale ed europeo*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, cit., 173-208.

<sup>11</sup> Per quanto riguarda il rapporto diritto-verità si vedano BIFULCO, “*Che cos’è la verità?*” *Il silenzio di Gesù, l’eloquenza del diritto e le soluzioni delle democrazie contemporanee in tema di negazionismo*, in RECCHIA LUCIANI- PATRUNO (a cura di), *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, Genova, 2013, 19-30, TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009 e HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino, 2000.

<sup>12</sup> La storiografia alla quale si fa riferimento in questo contesto riguarda in modo quasi esclusivo la storia contemporanea, da intendersi come un periodo di tempo che, anche se non è definibile con esattezza, interessa non più di un secolo. Tale limitazione si spiega in quanto le tematiche da essa affrontate – a differenza di quanto avviene in altri ambiti disciplinari – toccano nodi sensibili del processo di costruzione di identità e memorie collettive e della tutela di diritti fondamentali di individui e gruppi. Si vedano LAGROU, *Ou comment se constitue et se développe un nouveau champ disciplinaire*, in *La Revue pour l’Histoire du CNRS*, 2003, 1 e VIVANT, *L’historien saisi par le droit. Contribution à l’étude des droits de l’histoire*, Paris, 2007, 397-468.

<sup>13</sup> Con questa espressione si vuole fare riferimento ad un’attività di divulgazione pubblica di date ricostruzioni o rappresentazioni del passato. Tale nozione è stata introdotta da HABERMAS, *L’uso pubblico della storia*, in RUSCONI (a cura di), *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l’identità tedesca*, Torino, 1987, 98 ss., con un particolare focus sul dibattito storiografico tedesco sul nazismo (*Historikerstreit*) e alla trasposizione della discussione sulle relative interpretazioni storiche.

a “*réparer l’histoire*”<sup>14</sup>: mirano quindi ad assicurare alle vittime il rispetto dovuto ai loro diritti violati dalle tragedie della storia<sup>15</sup>, da intendersi quindi come illeciti produttivi di obbligazioni di risarcimento, restituzione o riparazione dei diritti violati<sup>16</sup>.

Inoltre, tali normative risponderebbero all’esigenza di proteggere anche il diritto alla verità, strumento attraverso il quale restituire dignità alle vittime e costituire una memoria condivisa<sup>17</sup>. Il prezzo da

<sup>14</sup> Cfr. GARAPON, *Peut-on réparer l’histoire? Colonisation, esclavage, Shoah*, Parigi, 2008, 9.

<sup>15</sup> Si veda a tale proposito si veda FLORES, *Memoria collettiva e uso della storia*, in *Il Mulino*, 2005, 177 ss.

<sup>16</sup> Su questo punto è stata sottolineata una profonda distinzione tra l’approccio che potremmo definire europeo e quello invece statunitense. In Europa, infatti, la “giuridificazione” risulta essere più intensa sia perché coinvolge l’intera attività dello storico, ma anche per le tecniche adoperate (incluso il diritto penale). Al contrario, negli Stati Uniti, il quadro è più composito. Infatti, mentre le dinamiche dell’*adversarial legalism* fanno in modo che il livello di “giustiziabilità” delle ferite della storia sia piuttosto elevato (basti vedere tutti i casi di *Holocaust litigation*), il rispetto accordato dal I Emendamento della Costituzione USA alla libertà di espressione abbassa sensibilmente la possibilità di sindacare in via giudiziale le opinioni espresse nell’esercizio dell’attività di storico. Di conseguenza si abbassa anche il livello di tollerabilità costituzionale dei doveri di condotta e dei vincoli contenutistici preventivamente imposti dal legislatore attraverso leggi memoriali e norme penali anti-negazioniste. A tale proposito si vedano TEACHOUT, *Making “Holocaust Denial” a Crime: Reflections on European Anti-Negationist Laws from the Perspective of U.S. Constitutional Experience*, in *Vt. L. Rev.*, vol. 30, 2006, 655, KAHN, *Holocaust Denial and the Law. A Comparative Study*, New York, 2004, 121-135. Si vedano inoltre DU PLESSIS-PETÉ (a cura di), *Repairing the Past? International Perspectives on Reparations for Gross Human Rights Abuses*, Antwerpen-Oxford, 2007, OGLETREE, *Repairing the Past: New Efforts in the Reparations Debate in North America*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties L. Rev.*, vol. 38, 2003, 279 e POSNER, VERMEULE, *Reparations for Slavery and Other Historical Injustices*, in *Colum. L. Rev.*, vol. 103, 2003, 689.

<sup>17</sup> Cfr. HÄBERLE, *Diritto e verità*, cit., il quale mette in evidenza come una tensione verso la verità sarebbe una spinta forte per le costituzioni e il costituzionalismo contemporaneo. Si veda inoltre BIFULCO “*Che cos’è la verità?*”, cit., 25 ss., secondo la quale anche se il punto di partenza era rappresentato da un diritto alla verità, dalle diverse esperienze maturate con riferimento alle varie commissioni di verità e riconciliazione sono comunque derivate altre situazioni giuridiche soggettive, tra le quali il dovere di preservare la memoria, il diritto delle vittime di essere a conoscenza di quello che è accaduto, il diritto al risarcimento dei danni per le ingiustizie subite, etc. In questo senso si vedano più approfonditamente RODOTÁ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012 e dello stesso AUTORE, *Il diritto alla verità*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, cit., 497-515. Si veda anche



pagare è alto e consiste nel sacrificio della libertà di espressione e in particolare della libertà di espressione dello storico.

Alla luce delle considerazioni che precedono, nel presente lavoro ci si concentrerà principalmente sul secondo profilo evidenziato – la ricerca storica – attività che risulta fortemente limitata tanto nella metodologia utilizzata, quanto nella diffusione dei risultati sia dalla cd. “legiferazione della storia”, sia dalla formazione giudiziale di una memoria storica<sup>18</sup>. In particolare, dopo alcune riflessioni sulle problematiche incontrate dall’ordinamento francese con riferimento alla *querelle memorielle* –riflessioni che peraltro non avanzano alcuna pretesa di esaustività, data la vastità della tematica che si affronta – seguiranno delle brevi considerazioni circa alcune pronunce giudiziali sulla determinazione del metodo storico corretto. Infine, si

---

PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità?*, in FRONZA-FORNASARI (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente*, Trento, 2009, 99 ss.

<sup>18</sup> In questo lavoro si fa uso di una concezione piuttosto ampia della libertà di espressione comprensiva anche della libertà di ricerca – inclusiva a sua volta tanto della attività di ricerca *strictu sensu* intesa, quanto della diffusione dei risultati di tale attività –, nonostante la non completa sovrapposizione tra le due fattispecie. Difatti, secondo le parole del giudice europeo in *Chauvy e altri c. Francia*, n. 64915/01, CEDU 2004-VI, n. 70, «*La ricerca della verità storica è parte integrante della libertà di espressione [...]»* (par. 69). In questo senso si veda anche la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 59 del 1960, dove nel punto 6 del “Considerato in diritto”, si evidenzia il rapporto tra la libertà di manifestazione del pensiero e quella di insegnamento e ricerca: «*A tal riguardo, sia l’ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, sia le difese delle parti, non mancano di sottolineare opportunamente che, siccome l’illegittimità denunciata consiste nella lesione non tanto della libertà di concepire e di manifestare le idee e le varie espressioni della scienza e dell’arte, quanto della libertà di avvalersi di ogni possibile mezzo per diffonderle, la norma costituzionale alla quale bisogna essenzialmente por mente è quella del primo comma dell’art. 21, secondo la quale tutti hanno diritto di avvalersi, per manifestare il proprio pensiero, oltre che della parola e dello scritto, anche di “ogni altro mezzo di diffusione”. É chiaro che quella particolare manifestazione della libertà di pensiero che consiste nella possibilità di diffonderlo, riguardando ogni forma di pensiero, riguarda anche quelle più elevate espressioni di esso, che sono le creazioni artistiche e scientifiche. Della diffusione di queste non si occupa l’art. 33 Cost., il quale proclama e tutela la libertà dell’arte o della scienza e quella del loro insegnamento. Onde la disciplina della loro diffusione é da considerare ricompresa nel disposto del 1 comma dell’art. 21».* Si veda inoltre DE BAETS, *Responsible History*, New York-Oxford, 2010, 144-172, secondo il quale un principio etico fondamentale sarebbe rappresentato dal fatto che la libertà di espressione include inevitabilmente il diritto di scrivere ed insegnare la storia, ma anche il diritto di ricordare il passato: in definitiva si tratterebbe dei diritti alla storia e alla memoria.

analizzeranno gli argomenti di carattere costituzionalistico sviluppati dal *Conseil Constitutionnel* francese e dal *Tribunal Constitucional* spagnolo in due recenti pronunce sulla legittimità costituzionale di normative antinegazioniste. Le due decisioni – che sicuramente non esauriscono lo spettro di decisioni disponibili nel panorama comparato – costituiscono comunque delle pronunce rilevanti, sia dal punto di vista contenutistico, ponendosi in controtendenza rispetto alla posizione prevalente in Europa, sia per quanto concerne le affermazioni relative alla libertà di ricerca degli storici.

Le considerazioni sviluppate nel presente lavoro, inoltre, si inseriscono in quel dibattito mai sopito che continua ad agitare l'opinione pubblica e l'arena politica italiane circa l'opportunità di prevedere o meno un reato di negazionismo all'interno dell'ordinamento italiano<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Diversi sono stati i tentativi che hanno condotto il Parlamento italiano a discutere dell'introduzione nell'ordinamento giuridico del reato di negazionismo. Già nel 2007 i media avevano diffuso la notizia che l'allora Ministro della Giustizia Clemente Mastella, per mettere l'Italia alla pari con gli altri ordinamenti europei, intendeva proporre un disegno di legge che avrebbe previsto la condanna ad una pena detentiva, per chi avesse negato l'esistenza storica della Shoah. Il governo Prodi avrebbe dovuto presentare questo progetto di legge al Parlamento proprio il giorno della memoria, scelta questa di indubbio impatto emotivo e simbolico. A tale notizia fece ben presto seguito un accorato appello firmato da un gruppo nutrito di storici italiani poi presentato al Consiglio dei ministri il 26 gennaio 2007, dal quale emergeva la preoccupazione che il negazionismo rappresentasse un problema culturale, sociale e politico di grande rilevanza. Preoccupazione ancora maggiore era manifestata nei confronti del tentativo di trovare una soluzione a tale problematica attraverso lo strumento penale che costituisce l'*extrema ratio* sanzionatoria all'interno di qualsiasi ordinamento che si proclami democratico. L'appello degli storici ebbe successo e dal ddl presentato poi al Senato della Repubblica il successivo 5 luglio, era scomparsa qualunque traccia del supposto reato di negazionismo (si veda il disegno di legge recante: "Norme in materia di sensibilizzazione e repressione della discriminazione razziale, per l'orientamento sessuale e l'identità di genere. Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654"). Durante la XVI legislatura è stato presentato al Senato un disegno di legge di iniziativa parlamentare che, ancora una volta, avrebbe modificato l'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654 (ddl S. 3511) aggiungendo la lettera b-bis, secondo la quale sarebbe stato punito con la pena della reclusione fino a tre anni chiunque, con comportamenti idonei a turbare l'ordine pubblico o costituenti minaccia, offesa o ingiuria, avesse fatto apologia dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale. Assegnato in sede deliberante alla Commissione Giustizia, la discussione del ddl incontrò una sorta di stallo che divise sia la sinistra che la destra tanto da determinare la richiesta di rimessione all'Assemblea.

## 2. La “legiferazione della storia”: un focus sull’esperienza francese

La tendenza a disciplinare eventi storici di una certa portata attraverso lo strumento legislativo, garantendo in questo modo una “pretesa di verità”<sup>20</sup>, non è una pratica nuova<sup>21</sup>. Ma dai primi anni del

---

L'interruzione della legislatura ne impedì l'esame in sede referente. Da ultimo, un gruppo di senatori appartenenti a diverse forze politiche (prima firmataria la senatrice Amati), il 15 marzo 2013 ha presentato al Senato il disegno di legge S 54 riportante “Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale”. Tale disegno di legge prevedeva, ancora una volta, l'introduzione del reato di negazionismo, mediante l'inserimento di una lettera b-bis, secondo la quale sarebbe stato punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a 10.000 euro chiunque avesse posto in essere attività di apologia, negazione, minimizzazione dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, o propagandato idee, distribuito, divulgato o pubblicizzato materiale o informazioni, con qualsiasi mezzo, anche telematico, fondati sulla superiorità o sull'odio razziale, etnico o religioso, ovvero, con particolare riferimento alla violenza e al terrorismo, se non punibili come più gravi reati, fatto apologia o incitato a commettere o commesso atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, anche mediante l'impiego diretto od interconnesso di sistemi informatici o mezzi di comunicazione telematica ovvero utilizzando reti di telecomunicazione disponibili. Dopo un tentativo – non riuscito – di un suo esame in sede deliberante, il disegno di legge è ora all'esame dell'Assemblea, che si ritrova a dover fare i conti con una disciplina profondamente differente da quella originaria (ddl 54 A): è prevista la modifica dell'art. 414 del codice penale mediante l'inserimento di uno specifico comma che incrimina la condotta di chi nega l'esistenza di tali crimini. Inoltre, è prevista una circostanza aggravante che determina l'aumento della pena della metà per chi compie istigazione o apologia dei crimini di genocidio o contro l'umanità.

<sup>20</sup> Vedi *supra* nota n. 17.

<sup>21</sup> Numerose sono le esperienze di legislazione memoriale del passato, anche se si è sostenuto che generalmente tale tendenza si accompagna a transizioni di regime e a processi di riconciliazione. Così, ad esempio durante la Rivoluzione francese si è assistito a numerose pratiche di auto-celebrazione poste in essere dalle Assemblee rivoluzionarie. La necessità era quella di adottare delle politiche di rielaborazione pubblica del passato al fine di celebrarne i momenti fondativi. Sui significati assunti alle politiche del passato, in particolare per quanto riguarda l'esperienza storica francese, la dottrina è piuttosto ampia. Si vedano, *ex plurimis*: TRAVERSO, *Le passé, modes d'emploi. Histoire, mémoire, politique*, Paris, 2005, HARTOG-REVEL (a cura di), *Les usages politiques du passé*, Paris, 2001, ANDRIEU-LAVABRE-TARTANOWSKY (a cura di), *Politiques du passé. Usages politiques du passé dans la France contemporaine*, Aix-en-Provence, 2006, CRIVELLO-GARCIA-OFFENSTADT (a cura di), *La concurrence des*

XXI secolo tale fenomeno ha assunto una fisionomia nuova. A partire da questo momento, infatti, almeno limitatamente al continente europeo, le guerre della memoria cominciano ad essere combattute sul terreno legislativo<sup>22</sup>. A livello di percezione e sensibilità collettiva, gli eventi del passato possono essere distinti in due categorie: quelli per i quali non si avverte più la necessità di un'ulteriore attività di ricerca scientifica, in quanto fatti il cui avvenimento è ormai dato per certo<sup>23</sup> (come l'Olocausto, la cui negazione viene vista come la negazione della realtà di un evento storico ormai accertato che, pertanto, nulla avrebbe a che vedere con la ricerca storica) ed eventi la cui realizzazione è ancora in discussione. Se quindi il negazionismo della *Shoah* non rientra tra le cd. “guerre di memoria”, queste continuano ad essere combattute con riferimento a fatti ancora suscettibili di un ampio ventaglio di possibili interpretazioni (ad esempio, con riferimento alla sua possibile qualificazione come crimine di guerra o crimine contro l'umanità o genocidio oppure sulla reale entità del fatto)<sup>24</sup>.

Uno dei motivi che hanno motivato la decisione di disciplinare legislativamente eventi del passato è costituito dall'inadeguatezza delle risposte fornite dalla dialettica democratica, che ha quasi obbligato i legislatori ad adottare delle normative che, guidando i comportamenti collettivi e i ricordi del passato nel presente, mirano a costruire, attraverso strumenti che appartengono alla sfera giuridica, una memoria collettiva condivisa, quale elemento cruciale dell'attualizzazione del passato. Sotto la spinta proveniente dagli stessi protagonisti (diretti o indiretti) di eventi drammatici organizzati in

---

*passés. Usages politiques du passé dans la France contemporaine*, Aix-en-Provence, 2006.

<sup>22</sup> Cfr. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. cost.*, 2009, 14.

<sup>23</sup> Come si vedrà in modo più approfondito *infra*, par. 3, questa distinzione è stata accolta anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. A tale proposito si vedano le sentenze *Lehideux e Isorni c. Francia*, n. 24662/94, CEDU 1998-VII, n. 92 e *Chauvy e altri c. Francia*, cit.

<sup>24</sup> Le “guerre di memoria” pertanto riposano sulla distinzione tra la negazione di un fatto storico e la negazione di una sua interpretazione, distinzione questa fondamentale, ma che è spesso ignorata dallo stesso legislatore, autore di normative che indistintamente rendono legittima, se non addirittura necessaria, l'estensione della punizione da chi nega la realtà dell'Olocausto a chi nega l'interpretazione di un evento storico come genocidio o crimine di guerra. In questo senso si veda CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, 372.

gruppi di pressione, associazioni o *lobbies*, i Governi hanno dato riconoscimento ufficiale attraverso leggi dello Stato alla loro interpretazione degli eventi storici in questione, spingendosi in alcuni casi fino a prevedere anche la punizione di coloro che invece sposano interpretazioni differenti, mediante la previsione di uno specifico reato di negazionismo o di “contestazionismo”<sup>25</sup>. La legge in questo modo diventa lo strumento attraverso il quale gli “imperativi della memoria” prendono corpo.

Diverse sono le leggi di questo tipo adottate da numerosi Stati europei<sup>26</sup>, raggiungendo in Francia la dignità di vero e proprio sistema normativo (tanto che si parla di “*querelle memorielle*”), composto essenzialmente da quattro leggi. Il primo pilastro di questo complesso sistema è costituito dalla *loi Gayssot*<sup>27</sup> del 1990. Tale norma, introducendo l’art. 24 *bis* nella normativa sulla stampa del 1881<sup>28</sup>,

---

<sup>25</sup> *Ex plurimis* si vedano FLORES, *Negazionismi, revisionismi e libertà di opinione*, in *Il Mulino*, 2007, 504 ss., LUTHER, *L’antinegazionismo nell’esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008, 1193-1222 e IMBLEAU, *La négation du génocide nazi. Liberté d’expression ou crime raciste? Le négationnisme de la Shoah en droit international et comparé*, Paris, 2003. Inoltre, per quanto riguarda una ricostruzione storica del fenomeno, si veda VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013, mentre per una prospettiva più ampia del negazionismo visto da punti di vista diversi ed eterogenei si vedano i diversi contributi in RECCHIA LUCIANI-PATRUNO (a cura di), *Opporsi al negazionismo*, cit. ed in particolare LUTHER, *Costituzione, memoria e garanzie di innegabilità*, 81-95.

<sup>26</sup> Tra questi vi è la Spagna che nel 2007 ha adottato la “*Ley sobre la memoria histórica*”. In base a tale normativa si riconoscono e si ampliano i diritti, anche di natura risarcitoria, nei confronti di coloro che subirono persecuzioni e violenze durante la guerra civile e la dittatura franchista. L’Ucraina il 28 novembre 2006 ha approvato una legge che dichiarava l’*holodomor* un atto di genocidio contro il popolo ucraino stabilendo che la sua negazione sarebbe stata considerata un’offesa alla memoria di milioni di vittime e un’umiliazione della dignità del popolo ucraino, e pertanto sarebbe stata giudicata illegale. A tale proposito si veda CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., 402. In realtà il dibattito è di portata molto più ampia e coinvolge tanto i Paesi europei (tra gli altri anche la Polonia e la Russia per quanto riguarda gli eventi dell’epoca comunista) ma anche extraeuropei, come Cina, Giappone e India.

<sup>27</sup> Si tratta della *Loi no 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*.

<sup>28</sup> Cfr. *Rapport du colloque: la lutte contre le négationnisme: Bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, 5 luglio 2002 disponibile all’url <http://www.vho.org/aaargh/fran/livres5/trichetruche.pdf> (Ultima visita il 3 marzo 2014). La persecuzione di tale reato non è semplice, in quanto infatti si prevede che l’azione legale debba essere promossa entro un periodo di tre mesi, decorso il quale non è più possibile procedere contro il

punisce la contestazione dell'esistenza dei crimini contro l'umanità, come descritti nell'articolo 6 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga. La *loi Gayssot*, la cui idea di fondo risiede nella considerazione che il negazionismo deve essere punito non tanto in quanto espressione di una menzogna, quanto piuttosto perché si tratta di una menzogna che esprime propaganda antisemita<sup>29</sup> o addirittura in quanto atto di aggressione razzista<sup>30</sup>, ha ricevuto numerose critiche<sup>31</sup>.

Innanzitutto, si teme il pericolo che si dia vita ad una verità di Stato inconfutabile. Inoltre, posto che il testo della legge francese non fa alcun riferimento letterale all'Olocausto, ma richiama i crimini contro

---

negazionista. L'intento originario del legislatore era probabilmente quello di configurare le sanzioni previste come degli strumenti di carattere amministrativo, piuttosto che di tipo penale, ricalcando quanto l'ordinamento francese già prevedeva con riferimento alla diffamazione e agli insulti razzisti.

<sup>29</sup> In questo senso si vedano TROPER, *La loi Gayssot e la Constitution*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1999, 1253 e IGUNET, *Histoire du négationnisme en France*, Paris, 2000.

<sup>30</sup> Queste le giustificazioni del governo francese per la *loi Gyassot* nella relazione davanti all'Assemblea Nazionale; cfr. DORSEN-ROSENFLED-SAJÓ-BAER, *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, Thomson West, 2003, 919 ss..

<sup>31</sup> Presentata da un deputato del partito comunista, dal quale prende il nome, Jean-Claude Gayssot, approvata da un governo di minoranza socialista e firmata da un presidente socialista, nonostante l'opposizione del Senato, la *loi Gyassot* non fu sottoposta al controllo del *Conseil Constitutionnel* prima della sua entrata in vigore. Da un punto di vista cronologico al momento dell'approvazione della legge non era trascorso molto tempo dalla desecrazione del cimitero ebraico di Carpentras nel maggio del 1990. Si era trattato di un atto per il quale l'estrema destra fu vista come diretta responsabile. Molti partiti politici si astennero dal criticare la legge pubblicamente per timore di essere indicati come sostenitori delle idee razziste e, probabilmente per le stesse motivazioni, non si raggiunse il numero di parlamentari necessario per presentare la questione al *Conseil Constitutionnel* prima della sua entrata in vigore. La sua conformità alla Costituzione francese è stata oggetto di ampi dibattiti anche da parte di giuristi e storici, che hanno concluso affermando che la restrizione della libertà di espressione nella lotta contro il fenomeno negazionista è compatibile con l'idea secondo la quale la libertà individuale deve essere promossa e affermata nello spazio collettivo. Cfr. BIRD, *Racist Speech or Free Speech? A Comparison of the Law in France and the United States*, in *Comparative Politics*, 2000, 406. Alcuni commentatori hanno ritenuto la *loi Gayssot* una norma inutile e non necessaria, in quanto vi erano comunque altre normative per contrastare i fenomeni di discriminazione razziale, come quelle in materia di diffamazione collettiva e di incitamento. A tale riguardo si veda DHOQUOIS, *Les thèses négationnistes et la liberté d'expresion en France*, in *Etnologie française*, 2006, 27-33.

l'umanità, rinviando peraltro allo Statuto del Tribunale di Norimberga<sup>32</sup>, lascia spazio alla sua applicazione a tutta una serie di fatti non specificamente determinati o determinabili. Infine, l'utilizzo del verbo *contester* (contestare) al posto del più restrittivo *nier* (negare), consentirebbe l'applicazione della legge anche ai casi di revisionismo o "negazionismo indiretto", in cui il genocidio non viene negato *in toto*, ma si mettono in dubbio circostanze e modalità rilevanti legate al suo avvenimento. Inevitabilmente, l'estensione del linguaggio della normativa attribuisce maggiori poteri allo Stato, in quanto qualunque messa in discussione dell'esistenza di questi crimini, anche se fatta in termini dubitativi, rientrerebbe nella fattispecie incriminatrice<sup>33</sup>.

La *loi Gayssot* è stata poi seguita, a dieci anni di distanza, dalla legge sul riconoscimento del genocidio armeno del 2001<sup>34</sup>. Secondo tale normativa, "La Francia riconosce pubblicamente il genocidio armeno del 1915". L'adozione di tale atto è la conseguenza di diversi fattori. In primo luogo, un ruolo molto rilevante è stato svolto dalle diverse associazioni franco-armene che hanno esercitato delle forti pressioni sul legislatore francese per il riconoscimento della qualifica di genocidio ai massacri di cui furono vittime gli armeni dell'Impero ottomano durante la prima guerra mondiale. Dall'altro, la decisione del legislatore francese è stata probabilmente anche conseguenza delle tensioni causate dal caso dello storico britannico Bernard Lewis. In un'intervista rilasciata nel 1993 al quotidiano francese *Le Monde*<sup>35</sup>,

---

<sup>32</sup> Si tratta di un'espressione volutamente lasciata in termini ampi dal legislatore francese, per consentire l'inclusione anche di altre tipologie criminose. Infatti, durante le discussioni sulla *loi Gayssot*, la Francia affrontava il problema relativo alla responsabilità del governo con riferimento al regime di Vichy: si voleva dunque lasciare lo spazio per inserire eventualmente gli eroi della resistenza francese nella categoria delle vittime o comunque includere in generale tutte le vittime della seconda guerra mondiale e non solo quelle dell'Olocausto.

<sup>33</sup> È critico in questo senso BOURRETTE, in *Rapport du colloque: la lutte contre le négationnisme*, cit., 57. È stato osservato, inoltre, come i negazionisti francesi utilizzino un linguaggio in codice per evitare di essere perseguiti cfr. KHAN, *Holocaust denial and the law: a comparative study*, cit., 101-109.

<sup>34</sup> Si tratta della *Loi n. 2001-70 du 29janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915*.

<sup>35</sup> A tale proposito si veda LANGELLIER-PERONCEL-HUGOZ, *Un entretien avec Bernard Lewis*, in *Le Monde*, 16 novembre 1993. Si veda inoltre CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., 391 ss.

Lewis aveva affermato che contrariamente alla stessa “versione armena”, sulla base dei documenti storici disponibili non si poteva qualificare quello armeno come un genocidio. Difatti, secondo lo storico britannico, non vi erano prove sufficienti per dimostrare che la reale intenzione del governo ottomano fosse quella di sterminare l'intero popolo degli armeni. Secondo i risultati delle sue ricerche, invece, l'intento sarebbe stato quello di deportarli nelle zone di confine in modo da impedire una loro eventuale collaborazione con i russi. In seguito a queste dichiarazioni Lewis fu denunciato per violazione dell'art. 1382 del codice civile francese e processato davanti al *Tribunal de Grand Instance* di Parigi. Il giudice parigino, nonostante la precisazione che non rientrava tra le sue competenze il decidere se quello armeno potesse essere considerato un genocidio oppure no e pur riconoscendo la libertà degli storici di esporre secondo il proprio punto di vista fatti, azioni e atteggiamenti, ha affermato che Lewis doveva comunque essere considerato colpevole in quanto aveva sostenuto che quella del genocidio era la sola “versione armena”, senza allo stesso tempo dare conto alcuno di eventuali argomentazioni contrarie (peraltro esistenti, viste anche le dichiarazioni delle istituzioni internazionali che avevano esplicitamente qualificato quello armeno come un genocidio). La sentenza del *Tribunal de Grand Instance*, oltre ad aver consacrato in uno strumento giuridico le modalità corrette con le quali gli storici dovrebbero diffondere i risultati della propria attività di ricerca storica (punto questo che verrà trattato in modo più approfondito nel paragrafo seguente), ha sicuramente influenzato l'intervento del legislatore francese, che sembrava necessario per evitare che casi come questo si potessero ripetere<sup>36</sup>.

Così, con la legge del 2001 il legislatore francese ha legato in modo indissolubile la realtà dell'evento (lo sterminio degli armeni) ad una definizione giuridica (genocidio), seppur in modo apparentemente “innocuo” trattandosi di una legge meramente declaratoria che non commina alcuna sanzione. Ma non è finita qui.

Sempre nel 2001, alle pressioni provenienti dalle associazioni franco-armene hanno fatto seguito le spinte dei cittadini francesi di origine africana, per rispondere alle quali il legislatore francese ha

---

<sup>36</sup> Si veda la decisione del *Tribunal de Grande Instance*, 1° Chambre - 1° Section, del 21 giugno 1995.



adottato la *loi Taubira*<sup>37</sup>. Tale normativa qualifica come crimini contro l'umanità sia la tratta degli schiavi nell'Oceano Atlantico e nell'Oceano Indiano, sia la schiavitù praticata a partire dal XV secolo “in America, nei Caraibi, nell'Oceano Indiano e in Europa contro le popolazioni africane, amerindiane, malgascse e indiane”. La legge inoltre prescrive anche che al tema della tratta degli schiavi africani venga riservato *lo spazio che meritano* nei programmi scolastici e di ricerca. Anche in questo caso si tratta di una legge meramente declaratoria, che non prevede alcuna sanzione. Ciononostante, la sua formulazione ampia e molto vaga interferisce comunque sulla libertà di espressione e in particolare sull'insegnamento e sulla ricerca.

Nonostante il 2001 abbia assistito all'adozione di ben due leggi sulla memoria, dagli storici non arrivò alcuna reazione. Le loro coscienze parevano sopite, salvo poi risvegliarsi tutto ad un tratto nel 2005, anno di adozione della *loi Mekachera*<sup>38</sup>. Stavolta in seguito alle pressioni provenienti dalle associazioni di *rapatriés* (cittadini francesi rimpatriati dopo la fine della guerra d'Algeria), il testo approvato dal Parlamento francese prevedeva che “La Nazione esprime la sua gratitudine agli uomini e alle donne che parteciparono alle attività compiute dalla Francia negli ex dipartimenti francesi d'Algeria, in Marocco, in Tunisia e in Indocina, come pure nei territori un tempo sotto sovranità francese”. Inoltre, analogamente a quanto previsto dalla *loi Taubira*, anche quest'ultimo atto legislativo stabiliva che la storia della presenza francese oltremare e in particolare nell'Africa del Nord, dovesse avere il posto che “*meritava*” nei programmi di ricerca universitari, spingendosi poi ben oltre per quanto riguardava l'insegnamento, stabilendo che si dovesse riconoscere il ruolo *positivo* avuto dalla Francia in quel contesto (corsi nostri).

Con la *loi Mekachera* il legislatore francese imponeva una precisa valutazione di un determinato evento storico, invadendo tanto i programmi di insegnamento, quanto la libera ricerca. Questa volta la reazione degli storici non si fece attendere: diversi gli appelli che

---

<sup>37</sup> *Loi n. 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance, par la France, de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité*, art. 1. La legge prende il nome dalla deputata guianese del *Parti socialiste* Christiane Taubira che la presentò.

<sup>38</sup> *Loi n. 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*, art. 1.

furono presentati<sup>39</sup> che chiedevano l'abrogazione di una legge che «impone una storia ufficiale, contraria alla neutralità della scuola e al rispetto della libertà di pensiero, che sono al cuore della laicità», in quanto «in uno Stato libero, non è compito del Parlamento, né dell'autorità giudiziaria definire la verità storica»<sup>40</sup>. Anche se l'obbiettivo principale era la *loi Mekachera*, questa protesta ebbe presto un seguito rilevante, investendo anche le altre *lois mémorielles*, precedentemente passate inosservate agli occhi degli storici<sup>41</sup>.

Sulla questione fu chiamato ad intervenire il *Conseil Constitutionnel*<sup>42</sup> che sulla base della considerazione che una legge non poteva contenere delle prescrizioni relative a programmi scolastici, dispose l'abrogazione della disposizione che nello specifico imponeva sull'insegnamento una visione positiva del colonialismo francese.

Ma la pronuncia del giudice costituzionale d'oltralpe non è stata sufficiente a quietare il dibattito. Dopo pochi mesi, infatti, fu

---

<sup>39</sup> Tra questi si segnala *Colonisation: non à l'enseignement d'une histoire officielle*, pubblicato in *Le Monde* del 25 marzo 2005.

<sup>40</sup> Si veda l'appello *Liberté pour l'histoire!*, pubblicato in *Libération* del 30 novembre 2005. Inizialmente firmato da diciannove storici, dopo neppure un mese contava già oltre quattrocento firmatari. In realtà questo appello, oltre a reclamare l'immediata abrogazione di queste leggi, conteneva un vero e proprio manifesto del rapporto tra storia e diritto, espresso nei seguenti termini «La storia non è una religione. Lo storico non accetta nessun dogma, non rispetta nessun divieto, non conosce tabù. [...] La storia non è la morale. Il ruolo dello storico non è quello di esaltare o di condannare, ma di spiegare. Lo storico non è schiavo dell'attualità. [...] La storia non è la memoria. [...] La storia non è un oggetto giuridico».

<sup>41</sup> Un caso simile a quello di Bernard Lewis mostrò con chiarezza il pericolo insito anche nelle altre leggi precedentemente approvate. Difatti un'associazione di francesi di origine africana, il *Collectif des Antillais, Guyanais, Réunionnais et Mahorais*, aveva presentato una denuncia contro lo storico francese Olivier Pétré-Grenouilleau, autore di un importante libro sulla tratta degli schiavi africani (*Les traites négrières. Essai d'histoire globale*, Paris, 2004 (trad. it. *La tratta degli schiavi. Saggio di storia globale*, Bologna, 2010)). L'accusa rivolta nei suoi confronti era di “negazione di crimine contro l'umanità” in quanto in un'intervista rilasciata al *Journal du Dimanche* aveva sostenuto che la tratta degli schiavi non poteva essere considerata un caso di genocidio, stante l'interesse dei negrieri a trarre profitto dagli schiavi. Egli inoltre aveva criticato la *loi Taubira* in quanto definendo la tratta degli schiavi come un crimine contro l'umanità, aveva fatto un paragone poco opportuno con l'Olocausto. Oltre alla denuncia fu chiesta anche la sospensione di Pétré-Grenouilleau dall'insegnamento. L'iniziativa giudiziaria poi non ebbe alcun seguito perché gli attori ritirarono il ricorso. Ciononostante rese gli storici consapevoli di quello che una legge sulla memoria storica poteva avere sulla loro libertà di ricerca.

<sup>42</sup> Cfr. *Conseil Constitutionnel, Décision* n. 2006- 203.

presentata una proposta di legge nella quale si prevedevano per la negazione del genocidio armeno le stesse pene previste dalla *loi Gayssot* per la contestazione dell'esistenza dei crimini contro l'umanità<sup>45</sup>. Questa proposta di legge fu accolta da un coro di proteste, levatosi sia tra gli storici francesi che tra quelli stranieri e gli stessi costituzionalisti. La risposta da parte del potere politico fu l'istituzione di un'apposita commissione d'inchiesta parlamentare, presieduta da Bernard Accoyer. Il compito di questa commissione era quello di esaminare le questioni legate alle politiche legislative della storia e della memoria. Dopo aver ascoltato un gran numero di storici, filosofi e giuristi, la commissione Accoyer aveva concluso prendendo le distanze dalla cd. "deriva delle *lois mémorielles*"<sup>44</sup>. Secondo il rapporto finale<sup>45</sup> della commissione non si dovevano abrogare le *lois mémorielles* già esistenti, ma il Parlamento avrebbe dovuto fare in modo di non approvarne altre, specialmente quelle che implicavano delle sanzioni penali, viste le forti limitazioni tanto per la libertà di espressione, quanto per la libertà di ricerca e di insegnamento<sup>46</sup>.

Questa conclusione parve soddisfare sia le istituzioni politiche che gli storici, ma fu una tregua di breve durata in quanto già nel 2011 il caso armeno portò alla ribalta ancora una volta la questione. In seguito al cambio di maggioranza politica al Senato, conseguente alle elezioni

---

<sup>45</sup> Nell'aprile del 2006, infatti, Didier Migaud, deputato del *Parti socialiste*, presentò una proposta di legge (*Proposition de loi tendant à réprimer la contestation de l'existence du génocide arménien*), approvata dall'Assemblea nazionale il 12 ottobre 2006 e poi trasmessa al Senato che, dominato da una maggioranza di centro destra, non inserì nemmeno la proposta nell'ordine del giorno. Un'altra proposta fu poi presentata del 2011 dal senatore Serge Lagauche, anche lui del *Parti Socialiste*, che però fu bocciata. Uno dei principali argomenti contro tale proposta risiedeva nella considerazione che non sarebbe compito del legislatore dare definizioni giuridiche del passato legandole al codice penale. Cfr. Sénat, Session extraordinaire de 2009-2010: *Proposition de loi tendant à réprimer la contestation de l'existence du génocide arménien* (presentato alla Presidenza del Senato il 5 luglio 2010, doc. 607).

<sup>44</sup> Cfr. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., 388.

<sup>45</sup> Assemblée Nationale, *Rapport d'information fait en application de l'article 145 du règlement au nom de la mission d'information sur les questions mémorielles, Président-Rapporteur M. Bertrand Accoyer* (presentato alla Presidenza dell'Assemblea nazionale il 18 novembre 2008), 101-105.

<sup>46</sup> Assemblée Nationale, *Rapport d'information*, cit., 98.

del 25 settembre 2011<sup>47</sup>, il *Parti Socialiste* ripresentò una proposta di legge<sup>48</sup> all'Assemblea Nazionale, mascherata da normativa di recepimento del diritto comunitario in materia di lotta al razzismo e allo stesso tempo come strumento per reprimere anche la “*contestation*” del genocidio armeno. L'articolo 1 del progetto di legge modificava, come già aveva fatto nel 1990 la *loi Gayssot*, la legge del 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa, inserendovi un articolo 24 *ter* secondo il quale si puniva «l'apologia, la negazione o la minimizzazione estremistica (*outrancier*) in pubblico dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra [...] che siano stati riconosciuti da una legge, da una convenzione internazionale firmata e ratificata dalla Francia o alla quale questa abbia aderito, da una decisione presa da una istituzione comunitaria o internazionale, o qualificati come tali da una giurisdizione francese».

Tale proposta di legge seguì un *iter* procedimentale molto veloce: il 22 dicembre 2011 fu votata nell'Assemblea nazionale (anche se con posizioni favorevoli e contrarie in entrambi gli schieramenti), per poi passare al Senato che l'approvò il 23 gennaio 2012 in un clima piuttosto agitato, animato dalle proteste sia degli storici che del governo turco che minacciava delle ritorsioni<sup>49</sup>. Immediatamente dopo l'approvazione parlamentare, due gruppi di deputati e senatori presentarono altrettanti ricorsi al *Conseil Constitutionnel*, che il 28 febbraio 2012 ha dichiarato incostituzionale la legge (di cui si parlerà diffusamente nel paragrafo 4).

Come visto, anche se le *lois memorielles* sono delle normative apparentemente “innocue”, in quanto non prevedono una sanzione penale per la loro violazione, in realtà sono anch'esse fortemente limitative della libertà di espressione. Infatti, si tratta comunque di disposizioni che nell'imporre un dovere di ricordare determinati eventi storici in un certo modo, limitano la libertà di ricerca e di insegnamento.

---

<sup>47</sup> Per un approfondimento delle vicende che condussero alla presentazione di questa proposta di legge si veda CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., 398 ss.

<sup>48</sup> *Assemblée nationale, Proposition de loi portant transposition du droit communautaire sur la lutte contre le racisme et réprimant la contestation de l'existence du génocide arménien* (n. 384, presentato alla Presidenza dell'Assemblea nazionale il 18 ottobre 2011).

<sup>49</sup> Cfr. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., 397 ss.

Ma se questa è la posizione del legislatore, rimane a questo punto da chiedersi: quale spazio hanno i giudici per restituire spazio a questa libertà? Nel paragrafo che segue ci si occuperà delle determinazioni giudiziali con riferimento al metodo storico corretto e successivamente delle argomentazioni costituzionali sviluppate da due giudici costituzionali che di recente si sono espressi sul bilanciamento tra i diversi valori costituzionali coinvolti: libertà di ricerca storica da un lato, dignità umana dall'altro.

### **3. L'elaborazione giudiziale del metodo storico corretto**

Nel momento in cui un determinato fatto storico viene consacrato in una legge, il legislatore si rende artefice dell'approvazione di atti peculiari il cui contenuto oscilla tra il simbolico e il commemorativo. Quando invece la storia interagisce con il diritto giurisprudenziale, il giudice è chiamato a pronunciarsi con riferimento alle responsabilità di un determinato avvenimento storico al fine di comminare, una volta compiuto questo accertamento, le dovute sanzioni e rendere così giustizia.

Con particolare riferimento all'applicazione delle normative antinegazioniste, il giudice attraverso i tradizionali strumenti giuridici di cui dispone, determina una specifica verità giudiziale su degli eventi storici oppure sottopone a giudizio l'attività di ricerca dello storico, il metodo da questi utilizzato e i risultati raggiunti. Questo è quello che accade, ad esempio, durante i processi nei confronti dei negazionisti, laddove il parametro di validità della ricerca storica pare essere rappresentato dalla tutela di valori fondamentali per la società in generale e per i singoli individui, come la verità storica e la dignità umana.

Difatti, uno degli elementi che spesso emerge dalle argomentazioni dei giudici che si sono pronunciati sull'applicazione delle normative antinegazionismo, unitamente alle questioni legate alla lesività del contenuto delle tesi antinegazioniste (della dignità delle vittime, così come del principio d'eguaglianza, della pacifica convivenza tra i gruppi o dell'ordine pubblico etc.) è rappresentato dalla critica nei confronti del presunto metodo storico utilizzato dei negazionisti, andando in questo modo a centrare uno dei profili più problematici nello scontro

diritto-storia, in quanto vissuto dagli storici come una intromissione illegittima da parte del giudice nel suo mestiere.

Partendo dalla distinzione cui si è fatto cenno precedentemente tra “fatti storici chiaramente stabiliti”<sup>50</sup> ed altri fatti rispetto ai quali è ancora in corso un dibattito tra gli storici circa le modalità del loro avvenimento e sulla loro interpretazione<sup>51</sup>, la Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Garaudy v. Francia*<sup>52</sup>, ha affrontato la questione dei limiti al dibattito storico. Nonostante riconosca che un dibattito aperto e sereno sulla propria storia sia fondamentale<sup>53</sup>, afferma che i discorsi negazionisti e revisionisti aventi ad oggetto l’Olocausto ebraico, proprio per il fatto di mettere in discussione fatti storici ormai accertati, non rientrerebbero nella copertura dell’art. 10 della Convenzione. Tali discorsi, lungi dal contribuire all’avanzamento dei risultati della ricerca storica, in realtà avrebbero come unico obiettivo quello di offendere e ledere i diritti altrui e pertanto sarebbero incompatibili con la democrazia e con i diritti umani, rientrando così nei divieti *ex art.* 17 della Convenzione. Tale distinzione, riconosce la stessa Corte, non sarebbe però assoluta, in quanto anche i “fatti storici chiaramente stabiliti” possono essere rimessi in discussione *purché ciò avvenga seguendo determinate condizioni*, la sussistenza delle quali viene accertata giudizialmente. Il giudice deve quindi valutare quale è l’*obbiettivo* perseguito con le dichiarazioni negazioniste, la *correttezza* del metodo utilizzato e il *contenuto* stesso delle affermazioni.

In realtà, la scelta della Corte di effettuare un discrimine tra fatti accertati e fatti ancora oggetto di dibattito appare contestabile, in quanto evidenzia una concezione della ricerca storica da intendersi come processo di acquisizione che, anche se in modo molto graduale, è destinato a condurre ad una conoscenza definitiva del passato. Tutt’al

---

<sup>50</sup> Tra i quali, come già rilevato anteriormente, rientrerebbe l’Olocausto (*Garaudy c. Francia*, n. 65831/01, par. 28).

<sup>51</sup> In questo senso si veda anche la sentenza della Corte Edu *Lehideux et Isorni c. Francia*, cit., par. 47

<sup>52</sup> *Garaudy c. Francia*, cit. In questa decisione il giudice europeo ha dichiarato l’inammissibilità del ricorso presentato da Garaudy, autore de “I miti fondatori della politica israeliana”, opera in cui con diverse strategie argomentative si negava l’Olocausto degli ebrei durante la seconda guerra mondiale, riconoscendo la legittimità della limitazione che la libertà di espressione aveva subito in applicazione della normativa francese.

<sup>53</sup> *Lehideux et Isorni c. Francia*, cit., par. 55.

più ci potranno essere determinati fatti sui quali la ricerca ha dedicato una maggiore attenzione e quelli, tendenzialmente più recenti, sui quali la storiografia non si è ancora concentrata a sufficienza. Ma l'indagine storica è per definizione illimitata. E questo è uno dei punti, messi in evidenza dallo stesso Calamandrei<sup>54</sup>, di distanza tra attività giurisdizionale e quella di ricerca storica. Infatti, mentre la prima è rigorosamente limitata ai fatti che devono essere accertati in quello specifico processo, l'oggetto della seconda è potenzialmente illimitato. Il voler consacrare eventi del passato in una sentenza, oltre a comportare l'utilizzo di categorie giuridiche contemporanee per leggere fatti del passato, implica anche l'irrigidimento di una materia, la ricerca storica, che per definizione è l'area del cambiamento, del conflitto e della continua ridefinizione.

Carico del bagaglio culturale europeo, il giudice di Strasburgo riserva questo trattamento, definito come "rudimentale"<sup>55</sup>, al fenomeno del negazionismo dell'Olocausto del popolo ebraico, consentendo invece la ri-espansione della garanzia della libertà di espressione per quanto riguarda la negazione o la revisione di altri fatti storici<sup>56</sup>, con riferimento ai quali la Corte stessa ha affermato che «*Non rientra tra i ruoli della Corte arbitrare e definire questioni storiche che sono oggetto*

---

<sup>54</sup> Cfr. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in BESTA (a cura di), *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*, Milano, 1939, 353. Sulle analogie tra il mestiere di storico e quello di giudice, in particolare per quanto concerne la natura del ragionamento indiziario che entrambi utilizzano si veda MAIER, *Fare giustizia, fare storia: epurazioni politiche e narrative nazionali dopo il 1945 e il 1989*, in PAGGI (a cura di), *La memoria del nazismo nell'Europa di oggi*, Firenze, 1997, 245-246.

<sup>55</sup> È stato evidenziato come tale tipo di distinzione fatta dal giudice europeo muove da una concezione dell'indagine storica "estremamente rudimentale" che non tiene nella dovuta considerazione il fatto che la ricerca storica consiste in una continua messa in discussione di verità che sono date per acquisite in uno specifico momento storico. Cfr. BURATTI, *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2, 2012. Buratti sottolinea come anche se volessimo dare accertato l'avvenimento di un determinato evento, potrebbe comunque mutare la sua interpretazione, fortemente legata al punto di vista dell'osservatore, alle sue inclinazioni personali, agli interrogativi posti al materiale documentale e al contesto culturale di riferimento.

<sup>56</sup> Come è accaduto, ad esempio, nella sentenza *Leidheux*, dove si voleva riabilitare la figura del maresciallo Pétain, pagina della storia francese ancora oggi disponibile per la critica storica.

di un dibattito aperto tra storici sui fatti storici e sulle loro interpretazioni»<sup>57</sup>.

Tale punto di vista della Corte si è espresso con maggiore chiarezza nella decisione *Fatullayev c. Azerbaijan*<sup>58</sup>. Il caso aveva come protagonista un giornalista azero, condannato dalle autorità nazionali per aver contestato in diverse pubblicazioni quella che era la verità storica tradizionalmente accolta del massacro di Khojaly, evento tragico del 1992 che rappresenta uno degli eventi fondativi della memoria storica nazionale, durante il quale gli eserciti armeno e russo avevano attaccato la popolazione azera. Fatullayev metteva in discussione il numero delle vittime chiamando in causa anche le responsabilità dell'esercito azero. La Corte ha sottolineato le profonde differenze della contestazione di cui il giornalista azero era accusato con il negazionismo dell'Olocausto affermando come nel caso di specie si trattava di fatti piuttosto recenti oggetto di un dibattito ancora in corso. Inoltre, secondo la Corte, il ricorrente non voleva negare il fatto che l'eccidio di massa dei civili avesse avuto luogo e, in ogni caso, non aveva espresso disprezzo nei confronti delle vittime: in realtà, egli non intendeva giustificare coloro che erano considerati responsabili del massacro né mitigare le loro responsabilità o approvare le loro azioni, ma aggiungere a queste eventuali responsabilità anche quelle dell'esercito azero. Tali elementi hanno consentito alla Corte di Strasburgo di far rientrare l'attività revisionista di Fatullayev nell'ambito di un'attività di ricerca storica legittima.

Anche alcuni tribunali nazionali hanno avuto la possibilità di pronunciarsi sulle questioni del metodo storico. Tra questi si segnala il *Tribunal de Grande Instance* di Lione, il quale nella sentenza del 3 gennaio 2006 con la quale, in applicazione della nota *loi Gayssot*, condannava George Theil alla pena di sei mesi di reclusione e ad una pena pecuniaria di 10.000 euro perché aveva negato l'esistenza delle camere a gas durante un'intervista televisiva, ha sottolineato la necessità di non trasformare il ruolo di giudici in quello di guardiani di una verità storica ufficiale. La dialettica giudiziale non deve appropriarsi dell'oggetto della ricerca storica e non deve trasformare gli eventi storici in verità indiscusse. Però, secondo il giudice francese, è possibile determinare in via giudiziale quale è il metodo corretto che lo

---

<sup>57</sup> Cfr. *Chauvy e altri c. Francia*, cit., par. 69.

<sup>58</sup> *Fatullayev c. Azerbaijan*, n. 40984/2007.



storico dovrebbe utilizzare nella sua attività, sottolineando la necessità di valutare se lo storico abbia seguito un procedimento in buona fede tenendo in considerazione le fonti utilizzate, il rispetto della gerarchia tra queste e l'uso di una documentazione sufficiente.

In tutti i casi – seppur brevemente – sopra descritti, i giudici giudicano della bontà della metodologia di una materia che non gli appartiene, determinandone di fatto i canoni di correttezza. Parte della dottrina è però di avviso contrario. Infatti, secondo alcuni<sup>59</sup> il giudice è costretto ad affrontare questioni di metodo storiografico: il doversi occupare di teorie negazioniste che utilizzano un metodo storiografico in modo pretestuoso ai soli fini di diffondere dei contenuti falsi che recano un'offesa alla dignità e alla credibilità delle vittime, dei loro discendenti e di tutti quanti appartengano al gruppo colpito dalla menzogna storica, implicherebbe una pronuncia del giudice non su un ordine di verità storiche, quanto piuttosto sul bilanciamento tra beni costituzionali. In realtà, i giudici non fanno altro che dare per presupposte verità storiche: se questo discorso può essere tendenzialmente condivisibile per quanto riguarda la negazione della *Shoah*, al cui avvenimento fanno riferimento sia molte legislazioni nazionali, che lo stesso legislatore europeo, accomunati dalle referenze al processo di Norimberga e al paradigma di verità che li è stato consacrato, che succede con riferimento ad altri eventi storici sui quali non si è ancora raggiunta una tendenziale uniformità di vedute tra gli storici? D'altronde, richiamando le parole del Tribunale di Torino nella sentenza del 27 novembre 2008, n. 7881, il legislatore non avrebbe attribuito al processo civile (ma stesso discorso può essere esteso a quello penale) il compito e il potere di accertare la “storia” e quindi le esatte ragioni politiche e sociali che muovono l'umanità e a cui conseguono eventi, mutamenti e purtroppo talvolta guerre e persecuzioni.

---

<sup>59</sup> Cfr. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla “menzogna di Auschwitz”*, Milano, 2012.

#### 4. Le argomentazioni costituzionali a difesa della libertà di ricerca storica

Prerogativa specifica dei giudici costituzionali è quella di valutare se una determinata normativa che regola, spesso limitandolo, un diritto fondamentale, è conforme alle norme costituzionali, quale garanzia della supremazia e della rigidità della Costituzione. Questa attività interpretativa, se riferita alla legittimità costituzionale delle normative antinegazionismo, richiede che l'interprete bilanci valori fondamentali in palese contrasto tra di loro: tra gli altri, libertà di espressione, dignità umana, non discriminazione ed eguaglianza.

L'analisi casistica delle decisioni dei giudici costituzionali che a livello comparato si sono pronunciati sulla legittimità costituzionale delle normative antinegazionismo ha messo in evidenza come la tradizionale operazione di bilanciamento tra diritti, aventi tutta rilevanza costituzionale, oltre a determinare la legittimità o meno di una specifica normativa, si arricchisce di una conseguenza ulteriore: la determinazione giudiziale di un presunto metodo corretto di ricerca storica.

La natura del presente lavoro e l'elevato numero di pronunce su questo tema non ci consentono di procedere ad un'analisi ad ampio spettro. Pertanto ci si limiterà a due recenti pronunce che risultano essere di particolare interesse in quanto entrambe si pongono in una posizione di controtendenza rispetto alla prospettiva prevalente in Europa che tende a preferire un approccio profondamente punitivo del negazionismo: si tratta della sentenza del *Conseil Constitutionnel* francese 2012-647 e la pronuncia del *Tribunal Constitucional* spagnolo 235/2007.

Come sopra menzionato, l'occasione per inserirsi nel dibattito sulla legittimità costituzionale delle normative antinegazionismo per incompatibilità con la libertà di espressione e per il delicato rapporto tra diritto e storia che queste interpretano è stata offerta al giudice costituzionale francese dal ricorso presentato nell'ambito del controllo preventivo di costituzionalità nei confronti della "*Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*". Secondo tale normativa, come visto già diffusamente nel paragrafo 2, l'articolo 24 *ter* della legge sulla stampa del 1881 avrebbe previsto la pena massima di un anno di carcere e 45.000 euro a titolo di ammenda per coloro che «contestano o minimizzano in modo oltraggioso»,

indipendentemente dal mezzo utilizzato per diffondere la comunicazione, l'esistenza di uno o più crimini di genocidio definiti dall'art. 211-1 del codice penale e riconosciuti come tali dalla legge francese. Questa volta il ricorso al *Conseil Constitutionnel* non si è fatto attendere: un gruppo di deputati e uno di senatori si è infatti rivolto al giudice costituzionale immediatamente dopo l'approvazione parlamentare. Le motivazioni addotte dai ricorrenti partivano dal comune presupposto di non voler in alcun modo sostenere il negazionismo, essendo ogni tipo di genocidio condannabile irrimediabilmente e senza dubbio alcuno, sia sotto la prospettiva della coscienza individuale, che di quella collettiva. Ciononostante, una normativa come quella impugnata rappresentava una violazione sia della libertà d'espressione e comunicazione riconosciuta nell'art. 11 della *Déclaration de droits de l'homme et du citoyen* del 1789, così come del principio di legalità dei reati e delle pene consacrato nell'art. 8 della medesima Dichiarazione. Inoltre, secondo il ricorso presentato dai deputati, la legge sarebbe stata incostituzionale in quanto, nel limitare la punizione della contestazione dell'esistenza solo di quei genocidi riconosciuti dalla legge francese, subordinava la determinazione di uno degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice (la condotta tipica) ad un riconoscimento legislativo totalmente aleatorio: «*L'histoire*» si legge nel ricorso «*n'est en effet pas un sujet juridique et elle ne peut donc être un sujet législatif*», sottolineando in tal modo come non spetterebbe al legislatore consacrare fatti storici in verità indiscutibili, essendo tutt'al più di competenza dei giudici, mediante l'applicazione di criteri nazionali o internazionali, l'individuazione della sanzione da applicare per un crimine contro l'umanità. In questo modo il legislatore avrebbe superato i confini della propria sfera di competenza, con conseguente violazione dell'art. 16 della *Déclaration de droits de l'homme et du citoyen* del 1789 sulla separazione dei poteri.

Ciò che i ricorrenti contestavano, da un punto di vista strettamente costituzionalistico, era la possibilità di istituire una nuova figura di reato, subordinata al riconoscimento legislativo di fatti storici, per definizione aleatorio e sottoposto alle pressioni politiche del momento. Al contrario, tale determinazione rientrerebbe nella competenza dei giudici e non del legislatore anche se, euristicamente parlando, si tratta di una materia che non può che appartenere al dibattito storico

pubblico, che sarebbe seriamente compromesso e ostacolato da una legge come quella impugnata. Il *Conseil* non ha avuto bisogno di fare grandi giri di parole. Con una decisione succintamente motivata<sup>60</sup>, ha rilevato in modo chiaro l'incostituzionalità della normativa impugnata, evidenziando in particolare, due punti di contrasto, strettamente collegati tra di loro. La norma che, se avesse passato il vaglio di costituzionalità del *Conseil*, avrebbe punito la contestazione dell'esistenza (solo) di quei genocidi riconosciuti dalla legge francese è stata dichiarata incompatibile sia con la libertà di espressione, che con il principio generale, ricavabile dal combinato disposto dell'art. 6 della *Déclaration* del 1789, secondo il quale la legge è espressione della volontà generale, con altre norme di valore costituzionale (primo tra tutti l'art. 34 della Costituzione), secondo cui la legge in materia di diritti e libertà deve rivestire una portata normativa<sup>61</sup>.

In particolare, il giudice costituzionale d'oltralpe ha sottolineato come il legislatore possa disciplinare e limitare, anche mediante la previsione di sanzioni penali, l'esercizio di una libertà costituzionalmente garantita, specialmente nel caso di condotte che attentino all'ordine pubblico o ai diritti dei terzi, purché si tratti di limiti necessari, adeguati e proporzionati rispetto all'obiettivo perseguito. Difatti, secondo l'art. 34 della Costituzione, il legislatore ha il compito di fissare le regole concernenti le garanzie fondamentali e i diritti civili riconosciuti ai cittadini per l'esercizio delle libertà pubbliche.

Secondo il *Conseil* una disposizione normativa avente ad oggetto il riconoscimento di un crimine di genocidio non riveste portata normativa. Pertanto, il reprimere la negazione o la minimizzazione dell'esistenza di uno o dei vari crimini di genocidio "riconosciuti come tali dalla legge francese" (secondo la formulazione dell'art. 1 della legge impugnata) violerebbe il diritto costituzionale alla libertà di espressione e di comunicazione che può essere limitato solo dalla "legge" da intendersi come strumento espressione della volontà

---

<sup>60</sup> *Conseil Constitutionnel, Décision n. 2012-647, DC* del 28 febbraio 2012.

<sup>61</sup> Più nello specifico, oltre ad essere lo strumento espressione della volontà generale ed astratta, secondo quanto esplicitamente stabilito nell'art. 6 della Dichiarazione, la legge ha la vocazione di prevedere regole e, pertanto, deve avere una portata normativa. Tale caratteristica della legge è imprescindibile con riferimento a quelle disposizioni che incidono sul contenuto e la portata dei diritti fondamentali (art. 34 della Costituzione).

generale (secondo quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 6 della Dichiarazione del 1789 e l'art. 34 della Costituzione). Come visto, nonostante siano poche le parole utilizzate dal giudice costituzionale francese per dichiarare l'incostituzionalità della legge impugnata colpiscono nel vivo, centrando il cuore del dibattito che anima il continente europeo – e non solo – circa la portata dei limiti alla libertà di espressione e il rapporto tra diritto e storia, mediante la stretta delimitazione delle funzioni del diritto, tra le quali non rientra la determinazione della verità storica<sup>62</sup>.

Seppur controtendenza, la pronuncia del giudice costituzionale francese non rappresenta un caso isolato. Nel 2007, infatti, il *Tribunal Constitucional* spagnolo aveva già inferto un duro colpo alla legislazione penale spagnola in materia di discriminazione razziale, dichiarando incostituzionale il delitto di negazionismo e ponendo in tal modo la Spagna in una posizione controcorrente rispetto a quella prevalente in Europa<sup>63</sup>. La norma investita dalla declaratoria di

---

<sup>62</sup> Per un approfondimento della decisione del *Conseil Constitutionnel* sia consentito rinviare a SPIGNO, *La pronuncia del Conseil constitutionnel, tra lois mémorielles e normative antinegazionismo*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2012, 1420- 1424. Si vedano inoltre, tra i numerosi commenti della dottrina francese, TERRE, *L'histoire jugera*, in *La Semaine juridique*, 2012, 525, AMSON, *Loi sur la négation du génocide arménien: la décision du Conseil constitutionnel du 28 février 2012 ou l'impossible conciliation des lois mémorielles et de la liberté d'expression*, in *Gazette du Palais*, 28-03- 2012, 9-11, ROUX, *Le Conseil constitutionnel et le génocide arménien: l'a-normativité à l'inconstitutionnalité de la loi*, in *Recueil Dalloz*, 12-04-2012, 987-993, PUIG, *La loi peut-elle sanctuariser l'Histoire?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, 78-84, MALLET POUJOL, *La loi de pénalisation du négationnisme: la censure constitutionnelle ou le crépuscule des lois mémorielles*, in *Légipresse*, 2012, 219-226, FRANCILLON, *Pénalisation de la contestation de l'existence d'un génocide reconnu par la loi*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012, 179-182, BRUNET, *De la censure constitutionnelle de la loi "visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi"*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012, 343-354, MACAYA- VERPEAUX, *Le législateur, l'histoire et le Conseil constitutionnel*, in *Actualité juridique-Droit administratif*, 2012, 1406-1411.

<sup>63</sup> Si tratta della sentenza del *Tribunal Constitucional* del 7 novembre 2007, n. 235 (questione di costituzionalità n. 5152/2000, presentata dalla *Sección Tercera* dell'*Audiencia Provincial* di Barcellona con atto del 14 settembre 2000, con riferimento all'art. 607, c. 2 del codice penale spagnolo). La sentenza è attualmente reperibile in: <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2007-235.html>

incostituzionalità, l'art. 607, c. 2 del *Código penal*<sup>64</sup>, era stata introdotta nel codice penale con la riforma operata dalla *Ley Organica* n. 10 del 23 novembre 1995<sup>65</sup>. Tale disposizione era parte del sistema normativo adottato dal legislatore spagnolo per dare attuazione, attraverso lo strumento penale, agli impegni assunti dalla Spagna in ambito internazionale per prevenire e perseguire il genocidio<sup>66</sup>. L'inserimento nell'impianto codicistico di tale normativa penale antixenofoba era stato influenzato in modo incisivo anche dalla sentenza del *Tribunal Constitucional* dell'11 novembre 1991, n. 214, meglio conosciuta come "sentenza Friedman"<sup>67</sup>, nella quale si

---

<sup>64</sup> Il testo dell'art. 607, c. 2 come introdotto dalla *Ley Organica* 10/2005, stabiliva che «*La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos [de genocidio y afines] tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años*».

<sup>65</sup> La riforma del Codice penale del 1995 ha previsto un insieme di norme volte a punire comportamenti discriminatori e xenofobi, dotando così l'ordinamento spagnolo di uno strumentario particolarmente ricco e dettagliato che si articola nella previsione, in particolare, delle seguenti fattispecie incriminatrici: l'art. 18, il quale disciplina in generale l'istigazione a delinquere e l'apologia di reato, l'art. 510, in materia di incitamento alla discriminazione e all'odio razziale, l'art. 519, con riferimento all'incitamento a commettere il delitto di associazione illecita ed, infine, l'art. 615, che rappresenta una norma di applicazione generale, in quanto punisce la provocazione, la cospirazione e la proposizione per l'esecuzione dei reati previsti nel Titolo XXIV del Codice penale, intitolato "Crimini contro la comunità internazionale".

<sup>66</sup> Per un approfondimento del dibattito parlamentare che condusse all'approvazione della *Ley Organica* 4/1995 di modifica del Codice penale, cfr. BILBAO UBILLOS, *La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)*, in *Revista española de derecho constitucional*, 2009, 314 ss., il quale ritiene che la decisione di inserire il reato di apologia di genocidio avesse un valore meramente simbolico volto a trasmettere un messaggio di tranquillità alla popolazione, quasi una funzione pedagogica, piuttosto che una funzione di protezione di uno specifico bene giuridico. Il secondo comma dell'art. 607 fu un emendamento proposto dal *Partido Popular* e durante i dibattiti parlamentari, l'approvazione di tale articolo fu appoggiata con argomentazioni che si basavano sulle raccomandazioni del Consiglio d'Europa. S veda anche TORRES PÉREZ, *La negación del genocidio ante la libertad de expresión: las inconcistencias de la STC 235/2007 al descubierto*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 2007, 170.

<sup>67</sup> Il caso nacque in seguito alle dichiarazioni rese contro il popolo ebraico da Leon Degrelle durante un'intervista. Degrelle era un ex combattente nazista della seconda guerra mondiale, nonché ex capo del REX, un partito fascista belga fondato nel 1930. La signora Violeta Friedman, sopravvissuta al campo di sterminio di Auschwitz, dove però erano stati uccisi tutti i suoi familiari, sentendosi lesa nel proprio diritto all'onore dalle dichiarazioni di Degrelle, presentò ricorso di *amparo*. Il *Tribunal Constitucional*,

afferitava che «né la libertà di pensiero, né la libertà di espressione includono il diritto a porre in essere manifestazioni, espressioni o campagne di carattere razzista o xenofobo, posto che, secondo quanto previsto dall'art. 20, c. 4 della Costituzione, non esistono diritti illimitati e questo diritto è contrario non solo al diritto all'onore, ma anche ad altri beni costituzionali come la dignità umana. (...) L'odio e il disprezzo nei confronti di un popolo o di un'etnia sono incompatibili con il rispetto della dignità umana, che solo si realizza se si considerano uguali tutti gli uomini, tutte le etnie e tutti i popoli»<sup>68</sup>. Sulla base delle affermazioni del giudice costituzionale, e spinto dai vari documenti internazionali approvati in questo senso, il legislatore spagnolo del 1995 aveva stabilito che anche la negazione del genocidio fosse considerata come reato, in quanto forma di istigazione alla discriminazione e all'odio razziale.

Il caso portato all'attenzione del *Tribunal* nasce dalla condanna pronunciata il 16 novembre 1998 dal *Juzgado Penal* n. 3 di Barcellona nei confronti di Pedro Varela Geis per il reato di cui all'art. 607, c. 2. Geis era il titolare e il direttore di una libreria e, a partire dal giugno 1996, aveva diffuso e venduto materiali di vario tipo nei quali, in forma reiterata, si negavano la persecuzione e il genocidio degli ebrei durante la seconda guerra mondiale e si incitava alla discriminazione e all'odio nei loro confronti. Nella libreria si vendevano anche altri testi concernenti l'arte, la storia e la mitologia, ma il loro numero era decisamente esiguo rispetto ai testi dedicati al revisionismo

---

in considerazione del fatto che tali dichiarazioni erano state rese nei confronti dell'intero popolo ebraico e non specificamente contro la signora Friedman, per poter accogliere la domanda di *amparo* fu costretto ad ampliare l'ambito di incidenza del diritto all'onore rispetto a come era stato tradizionalmente inteso, con una sentenza che, secondo la definizione data dalla stessa giurisprudenza costituzionale, costitutiva una "teoria rivoluzionaria della legittimazione processuale". In tal modo, il *Tribunal* riconobbe al diritto all'onore una dimensione oggettiva in virtù del vincolo esistente con la dignità umana e affermò che tutti i membri di un determinato gruppo etnico o sociale godevano del diritto ad ottenere il risarcimento in seguito alle offese rivolte all'intero gruppo. In quella occasione, il *Tribunal* precisò che le affermazioni, i dubbi e le opinioni naziste nei confronti degli ebrei e dei campi di concentramento, per quanto fossero riprovevoli, rientravano nell'ambito di garanzia riconosciuto dalla libertà di espressione, specialmente in relazione con la libertà di coscienza di cui all'art. 16 della Costituzione spagnola, purché si trattasse «solo di opinioni soggettive e interessate relativamente a determinati fatti storici». Cfr. BILBAO UBILLOS, *La negación de un genocidio no es una conducta punible*, cit., 306-309.

<sup>68</sup> *Tribunal Constitucional*, sent. 214/1991.

dell'Olocausto. Oltre che come responsabile del delitto di negazione del genocidio il *Juzgado* di Barcellona condannò l'imputato anche per il reato di cui all'art. 510, c. 1 c.p. e cioè incitamento alla discriminazione, all'odio razziale e alla violenza contro gruppi o associazioni per motivi razzisti o antisemiti. Contro la sentenza di condanna, Geis presentò appello davanti alla *Sección Tercera* dell'*Audiencia Provincial* di Barcellona che, dopo varie vicissitudini processuali<sup>69</sup>, sollevò la questione al *Tribunal Constitucional*. Il dubbio di costituzionalità presentato dall'*Audiencia Provincial* si basava sul presunto contrasto del reato di negazionismo con il diritto alla libertà di espressione, previsto e garantito dall'art. 20, c. 1 della Costituzione spagnola.

Sia l'*Abogado del Estado*, che il *Fiscal General del Estado*, entrambi intervenuti nel giudizio davanti al *Tribunal Constitucional*, per sostenere la costituzionalità della norma impugnata, avevano sottolineato che tanto la negazione, quanto la giustificazione del genocidio erano delle forme espressive che contenevano un potenziale pericolo per beni giuridici di rilevanza fondamentale, quali i diritti delle minoranze religiose, etniche o razziali e lo stesso ordine costituzionale, posto che si trattava di idee potenzialmente idonee a destabilizzare l'intero sistema democratico<sup>70</sup>.

Il giudice costituzionale spagnolo parte dalla considerazione che in nessun ordinamento la libertà di espressione è un diritto assoluto. La diffusione di frasi ed espressioni oltraggiose ed offensive, totalmente prive di collegamento con le idee o opinioni che si vogliono esporre, e quindi non necessarie a questo proposito, si colloca al di fuori dell'area tutelata dalla previsione costituzionale. La libertà di espressione non garantirebbe il diritto ad esprimere e diffondere una determinata concezione della storia con il preciso intento di disprezzare o discriminare persone o gruppi di persone in virtù di motivazioni legate a particolari condizioni o circostanze personali, etniche o sociali. Se si riconoscesse una protezione costituzionale anche a tali affermazioni, si

---

<sup>69</sup> Sia consentito rinviare a SPIGNO, *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008, 1921-1931.

<sup>70</sup> Nelle loro argomentazioni, tale pericolo potenziale era di per sé una giustificazione sufficiente per la punizione del negazionismo, in quanto condotta idonea a colpire non solamente coloro nei confronti dei quali era rivolta bensì, in un senso più ampio, tutta la democrazia nel suo complesso sarebbe stata danneggiata. Sent. 235/2007, cit., *Fundamento Jurídico* 3.



ammetterebbe che la Costituzione consenta ai discorsi negazionisti di violare i valori supremi dell'ordinamento giuridico, come l'uguaglianza e la dignità della persona. Valori questi che costituiscono il limite che non può essere superato nemmeno dall'esercizio di altri diritti costituzionalmente tutelati e che viene sicuramente oltrepassato nel caso dei c.d. "*discursos del odio*".

Ma la mera negazione dell'avvenimento di determinati fatti storici – seppur estremamente gravi, dice il *Tribunal* – non costituisce "*discurso del odio*", in quanto difetta il requisito dell'incitamento diretto alla violenza contro determinati soggetti individuati per l'appartenenza a particolari minoranze razziali, religiose o etniche<sup>71</sup>. I discorsi negazionisti, pertanto, anche se contestano l'esistenza di fatti storici gravi quali il genocidio, non si accompagnano a giudizi di valore sulla

---

<sup>71</sup> Secondo il Tribunale infatti, il negare che un atto qualificabile come genocidio si sia verificato non costituisce modalità del c.d. "*discursos del odio*", in quanto non comporta l'emissione di un giudizio di valore su tali fatti o sulla loro antiggiuridicità e quindi in linea di principio tale condotta è innocua. Infatti, non si può affermare, neanche tendenzialmente, che ogni negazione di atti di genocidio persegua la creazione di un clima sociale di ostilità nei confronti di coloro che appartengono al gruppo che fu vittima del genocidio che si pretende negare. Per poter incriminare tale condotta e garantire la costituzionalità dell'art. 607, c. 2 del codice penale spagnolo, sarebbe stato necessario prevedere un elemento in più e cioè che la negazione fosse idonea a creare un clima di ostilità nei confronti del gruppo colpito. Per un commento della sentenza in prospettiva comparata si vedano BILBAO UBILLOS *La negación de un genocidio no es una conducta punible*, cit., 299-352 e dello stesso AUTORE, *Derecho penal, memoria y verdad histórica: la Criminalización de la negación del genocidio*, in *Anuario Parlamento y Constitución*, 2008, 39-73. Cfr. inoltre LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit., 1208. Sia inoltre consentito rinviare a SPIGNO, *Un dibattito ancora attuale*, cit. Tra i vari commenti critici nei confronti della sentenza 235/2007 cfr. TORRES PÉREZ, *La negación del genocidio ante la libertad de expresión: las inconsistencias de la STC 235/2007 al descubierto*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 2007, 163-199 e BARRERO ORTEGA, *Negacionismo y libertad de expresión o de cómo frenar el discurso del odio*, in CRUZ DÍAZ-RODRÍGUEZ PRIETO, *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, Madrid, 2009, 87-105. Per un commento a favore della sentenza cfr. invece DE LA ROSA, *Negacionismo y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional*, in *Diario La Ley*, 2007, 1268-1272, secondo la quale «*Entendemos razonable la solución de nuestro máximo intérprete constitucional expulsando de nuestro ordenamiento un tipo que afectaba directamente al núcleo del derecho a la libertad de expresión*», esprimendo la propria preoccupazione relativa al fatto che data l'ampiezza della formulazione della norma essa era potenzialmente applicabile anche a quei genocidi del passato più lontano, così come a quelli nei confronti dei quali non vi era un accordo nemmeno tra gli storici.

loro anti-giuridicità, rientrando così nell'ambito di protezione garantito dalla libertà di ricerca scientifica e accademica, riconosciuta dall'art. 20, c. 1, lett. b) della Costituzione spagnola. Secondo il giudice costituzionale, non vi è una diretta coincidenza tra il proposito negazionista e l'obiettivo di creare un clima sociale di ostilità contro coloro che appartengono al gruppo vittima del genocidio di cui si contesta l'esistenza. Tale condotta si collocherebbe dunque ad uno stadio precedente rispetto a quello che giustifica l'intervento del diritto penale<sup>72</sup>, in quanto non rappresenta un pericolo – nemmeno potenziale, a dire del *Tribunal* – per i beni giuridici protetti. Discorso diverso invece è quello che investe la condotta giustificativa, che in realtà integrerebbe l'espressione di un giudizio di valore che può facilmente tradursi nell'incitamento, anche se indiretto, alla commissione di tali delitti<sup>73</sup>. L'intervento del legislatore penale è, quindi, legittimo, purché la giustificazione rappresenti in qualche modo un incitamento al genocidio<sup>74</sup>.

Anche in questo caso, come nella sentenza del *Conseil* di cui sopra, dallo scontro tra storia e diritto, la storia esce vittoriosa, abbandonando uno spazio che non le appartiene, per riconquistare il terreno della libera ricerca storica. È infatti orientamento consolidato del giudice costituzionale spagnolo, confermato anche nella sentenza che si è appena analizzata, quello secondo il quale non spetta al giudice esprimere dei giudizi di valore sulle opinioni che hanno ad oggetto l'avvenimento di determinati fatti storici<sup>75</sup>. Allo stesso tempo però la

---

<sup>72</sup> Si parla a tale proposito di “negazionismo categorico”. Cfr. in questo senso SHAFIR, *Between Denial and “Comparative” Trivialization*, Gerusalemme, 2002

<sup>73</sup> Con riferimento alla difficoltà di distinguere con chiarezza le due fattispecie della negazione e della giustificazione cfr. CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Quad. Cost.*, 2008, 635-640, che peraltro risulta molto critico nei confronti della distinzione operata dal *Tribunal Constitucional*.

<sup>74</sup> La sentenza contiene quattro voti particolari, i quali – in parte con motivazioni differenti ed in parte coincidenti – sostengono la conformità a Costituzione dell'art. 607, c. 2 c.p. Per una breve discussione dei voti particolari si veda BILBAO UBILLOS, *La negación de un genocidio no es una conducta punible*, cit., 344 ss.

<sup>75</sup> Così, il Tribunale costituzionale spagnolo nella sentenza 235/07 e in particolare nell' *Fundamento jurídico* 4, dove si sottolinea che «*las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean -y en realidad lo son al negar la evidencia de la historia- quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues,*

libertà di espressione non deve funzionare come veicolo per la diffusione di una determinata versione storica o concezione del mondo con l'intento di discriminare ed offendere. Se quindi il contribuire alla formazione di una coscienza storica collettiva non rientra tra le funzioni del diritto giurisprudenziale, questo compito spetta piuttosto alla libertà di espressione e di ricerca storica, visto l'ampio margine di manovra lasciato dall'art. 20 della Costituzione spagnola. In virtù del valore del dialogo plurale, il diritto ha il dovere di creare le condizioni affinché sia possibile condurre la ricerca storica, per definizione polemica e discutibile. Proprio questa condizione di incertezza e di continua modificabilità rappresenta un elemento consustanziale al dibattito storico, che in questo modo svolge il suo ruolo fondamentale nella formazione di una coscienza storica che sia adeguata alla dignità dei cittadini all'interno di una società libera e democratica<sup>76</sup>.

## 5. Come ricordare senza "giudicare"?

Diritto e storia hanno sempre interagito tra di loro, mediante delle dinamiche in continua evoluzione che determinano dei meccanismi in parte nuovi che si realizzano nel momento in cui il diritto, tanto legislativo, quanto giurisprudenziale, interagisce con la ricerca storica. Quando questo accade e specialmente quando il legislatore interviene agendo sulla libertà di ricerca degli storici mediante *lois mémorielles* o normative antinegazionismo, è il diritto costituzionale alla libera espressione a doverne pagare le conseguenze. Difatti, se già di per se nelle normative anti-negazionismo, per il solo fatto di prevedere delle sanzioni penali per un determinato tipo di espressione, la limitazione

---

*con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos».* Lo stesso orientamento è rinvenibile anche nella giurisprudenza della Corte europea, che in diverse occasioni nelle quali si metteva in discussione la collaborazione con le atrocità commesse dai nazisti durante la seconda guerra mondiale ha affermato che la ricerca della verità storica è parte integrante della libertà di espressione e non rientra tra le sue competenze mettere in discussione la questione storica di fondo. In questo senso si veda la sentenza *Chauvy e altri c. Francia*, cit., par. 69.

<sup>76</sup> Si veda la sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo 43/2004, in particolare il *Fundamento jurídico* 4.

alla libertà di espressione è *in re ipsa*, anche la conclusione di un Tribunale che afferma quale deve essere il metodo corretto seguito dallo storico – in particolare per quanto concerne la diffusione dei risultati della sua attività – è fortemente limitativo di tale libertà fondamentale. In particolare, il prestabilire una determinata verità storica mediante strumenti giuridici rappresenta una limitazione della libertà di ricerca storica. La determinazione giudiziale di quale debba essere il metodo storico corretto agisce sull'evoluzione della ricerca storica, la quale essendo appunto in continuo sviluppo porta a continui ripensamenti e non dovrebbe essere limitata nemmeno nel caso in cui i contenuti indagati e diffusi siano falsi. L'interferenza creata tra regole legislative, determinazioni giudiziali e canoni della ricerca storica produce l'effetto di orientare o precludere determinati svolgimenti della ricerca storica in base a giudizi di fatto o di valore formalizzati *ex ante*. Si tratta quindi di un'operazione che comprime l'autonomia dello storico, con il rischio di predeterminare in modo arbitrario i risultati della stessa indagine storica. Difatti, tanto le normative antinegazionismo quanto le leggi sulla memoria hanno suscitato delle forti reazioni critiche sia sul piano politico quanto su quello culturale, determinando un *chilling effect* sulla libertà di espressione, in quanto inibiscono la diffusione di determinate ricostruzioni storiche così come eventuali rettificazioni o integrazioni.

Ogniqualevolta il diritto tenta di varcare la soglia della storia e prescrive di ricordare o di dimenticare per legge lascia spazio a critiche, che richiamano l'attenzione sulla necessità di adottare determinate precauzioni.

Rimane a questo punto da chiedersi: quale strumento utilizzare per garantire la memoria di determinati fatti e il rispetto delle vittime di quegli eventi e allo stesso tempo non giudicare una disciplina la cui metodologia rifugge da qualunque tipo di formalismo giuridico?

Date tutte le implicazioni non solo di tipo strettamente costituzionalistico, sarebbe più accettabile l'utilizzo di strumenti alternativi, come ad esempio atti di indirizzo e/o risoluzioni o dichiarazioni perché il legislatore non può non tenere conto degli effetti giuridici conseguenti alle proprie iniziative nel campo della memoria. Difatti, uno dei rischi che questa pratica comporta è rappresentato dal fatto che, nel momento in cui si tenta di creare una memoria condivisa, specialmente laddove non sussistano i presupposti per tale memoria, è

che questa “condivisione” venga fatta direttamente dall'alto, sia praticamente imposta. L'approvazione di queste leggi dovrebbe quanto meno risiedere su un accordo sul fatto che certi fatti siano accaduti e abbiano prodotto danni irreparabili. Accordo che deve essere conseguenza di un dibattito pubblico.

## QUANDO IL SONNO DELLA RAGIONE (STORICA) GENERA MOSTRI: LA “PROFONDITÀ” DELL’ORDINAMENTO SI VENDICA

**Fabio Pacini**

*Allievo Perfezionando presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa*

*Per sottolineare l’importanza del metodo storico nelle discipline giuridiche, il contributo ripercorre le fasi applicative del meccanismo c.d. “taglia-leggi”: un tentativo ambizioso di ridurre lo stock normativo vigente che, nella lettura qui proposta, ha visto infrangersi buona parte dei suoi scopi proprio contro la dura “sostanza” storica di cui il diritto è composto.*

*In order to emphasize the importance of the historical method in legal disciplines, the paper retraces the distinct phases concerning the application of the so-called “Law-cutting” mechanism, an overly ambitious attempt to repeal thousands of laws on account of their asserted outdatedness, which has remained largely unfulfilled, among other factors, due to the underestimation of the substantive relevance of history where Law is concerned.*

Sommario:

1. Premessa
2. Le tappe del meccanismo “taglia-leggi”
3. Principi e criteri della delega, ovvero il lastrico delle buone intenzioni
4. L’attuazione della delega: il “salva-leggi”
5. Due esempi eclatanti di sottovalutazione della “profondità” storica
6. Qualche conclusione

---

\* Un ringraziamento tutt’altro che retorico per i preziosi suggerimenti va ai partecipanti alla IV edizione del *Workshop per giovani ricercatori* (organizzato dal Dipartimento di Diritto dell’Economia dell’Università di Siena il 17 maggio 2013) ed in particolare a chi ha presieduto la prima sessione, Prof. Maurizio Fioravanti, come ai *discussant* Prof.ssa Elena Bindi e Dott. Nicola Vizioli.

## 1. Premessa

L'ordinamento giuridico nel suo complesso, anche limitandosi al versante del diritto positivo, non accetta di essere considerato come un fenomeno "bidimensionale", avente in ogni istante la sola "forma geometrica" quale risultato del momentaneo assetto del "pieno" e del "vuoto" determinati dagli opposti fenomeni della produzione e dell'abrogazione; un simile "appiattimento" può rappresentare una tentazione forte quanto insidiosa per il giurista di matrice kelseniana.

Senza poter qui neppure accennare all'eterno dibattito sul tema, sembra possibile registrare che nel filone che da Kant (e attraverso poi la fondamentale sistematizzazione dello stesso Kelsen) si è dimostrato così fecondo, risulta insito un rischio: la consegna del diritto positivo al campo della logica e della deduzione, a-spaziali e – soprattutto, per quanto qui rileva – a-temporali. Un approccio, va detto subito, che non è quello della più attenta filosofia analitica del diritto, che anzi premette come il fenomeno abrogativo (sul quale questo contributo vuol concentrarsi) non sia «ciò che appare», ovvero la «*sottrazione dal sistema giuridico delle norme abrogate; ma, a ben vedere, consiste piuttosto nella "addizione" a tale sistema di norme abrogatrici*»<sup>1</sup>; un approccio, quindi, in grado di (ri)portare il "fatto" storico perfino nel sistema che pone l'accento sugli enunciati normativi in quanto tali.

Il fenomeno abrogativo, quale tipica espressione del criterio cronologico di risoluzione delle antinomie, è del resto diretta espressione di quella «*regola generale non solo del diritto*» per la quale «*la volontà successiva preval[e] sulla precedente, che tra due atti di volontà di una persona [è] valido l'ultimo nel tempo*»<sup>2</sup>; l'abrogazione, quindi, quale fenomeno *essenzialmente* temporale, ancorché reso meglio comprensibile da schemi logici astratti<sup>3</sup>.

Tuttavia, pur rimanendo all'approccio *tranchant* come un breve scritto impone, l'ipotesi di partenza potrebbe essere questa: la

---

<sup>1</sup> GUASTINI, *In tema di abrogazione*, in LUZZATI (a cura di), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Milano, 1987, 5; in tale sede l'Autore cita, tuttavia, numerosi contributi di segno opposto.

<sup>2</sup> CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2011, 28.

<sup>3</sup> Il che del resto è non solo ammesso, ma letteralmente premesso nei più recenti studi che si sono concentrati sul fenomeno: oltre all'appena citato CELOTTO, *Fonti del diritto*, cit., XI, cfr. anche MARCENÒ, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Torino, 2013, 1 ss.

poderosa, affascinante sistematizzazione di matrice (latamente) illuminista, che situa il diritto in uno spazio “suo proprio” – prescindendo quindi dalla costante, indefessa applicazione del metodo storico – è così facilmente comprensibile nelle sue linee generali da essere quasi unanimemente accettata ma, talora, fraintesa: per quanto si dirà tra poco, anche ad opera dello stesso legislatore.

Non avrebbe ovviamente senso tentare di “processare” il fenomeno, e tantomeno mettere alla sbarra l’idea di sistematizzare il diritto positivo astraendolo dal suo *humus* storico; tuttavia, proprio i sistemi ben riusciti (così come certi modelli scientifici) corrono il rischio d’indurre ad una sorta di falsa comprensione della loro stessa essenza, venendo poi ri-applicati in versione – per così dire – semplicistica e, in definitiva, falsa e perniciosa.

Solo laddove vi sia una profonda percezione della complessità (anche) storica della realtà fattuale possiamo utilizzare in maniera feconda un modello frutto di astrazione.

Come esempio di questo possiamo prendere a modello il meccanismo c.d. “taglia-leggi”, un recente tentativo di ridurre lo *stock* normativo vigente, partito dal presupposto che le leggi fossero in quantità eccessiva, oltreché in “disordine”<sup>4</sup>. Un tentativo probabilmente partito con ottime intenzioni, ma che ha finito per scontrarsi proprio con una sottovalutazione della complessità di un ordinamento giuridico, in particolare lungo la “coordinata” del tempo; un fattore che, in diversi modi, ne ha reso tormentato il percorso, rendendo l’intera operazione poco efficace (pur se – come si dirà – non del tutto inutile).

---

<sup>4</sup> Sul cattivo stato del sistema delle fonti normative (e su alcuni possibili rimedi) si è ormai formato un corposo filone bibliografico: tra i contributi più recenti, DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, 2012, MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011, ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, 2011.



## 2. Le tappe del meccanismo “taglia-leggi”

L’articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246 ha disegnato ai commi dal 12 al 24 un procedimento innovativo di “sfoltimento” dello *stock* normativo vigente, suddiviso in tre fasi<sup>5</sup>.

La prima, da attuare entro 24 mesi, ha riguardato l’individuazione – delegata al Governo – di tutte le disposizioni legislative statali vigenti, ponendo l’accento sulle incongruenze e le antinomie; al termine di questa fase è stata presentata al Parlamento una relazione contenente i risultati della ricognizione.

Tale fase ha portato alla *Relazione al Parlamento sull’attuazione dell’art. 14, comma 12, della legge 28 novembre 2005, n. 246 (“Taglia-Leggi”)*<sup>6</sup>. Nell’ambito di tale ricognizione, le varie Amministrazioni sono state invitate – sotto la “minaccia” della scure taglia-leggi, rivelatasi in questo efficace – a segnalare le disposizioni legislative vigenti nel proprio settore, includendole in schede informatiche confluite in una banca dati *ad hoc*. Al contempo, si è provveduto a svolgere un’analogha attività ricognitiva sulla base di banche dati giuridiche private “tradizionali” (p.e. *Ipsosa* o *De Jure - Giuffrè*). Dalla Relazione uscì il numero di 21.691 atti, con un margine di approssimazione dei risultati finali valutabile tra il 5% e il 15%, comprensivo di meri errori d’inserimento, di duplicazioni o di “sviste” presenti negli stessi dati contenuti nelle banche dati<sup>7</sup>.

L’amplessima maggioranza degli atti censiti risultava emanata negli anni della Repubblica rispetto al Regno, 19.958 contro 1.733. Rappresentano una minoranza anche gli atti nel complesso anteriori al 1° gennaio 1970, suscettibili dunque in astratto di cadere sotto la scure del “taglia-leggi”: 7.743 sul totale di 21.691.

---

<sup>5</sup> Sul “taglia-leggi” si vedano oggi, in particolare, le raccolte di saggi di LUPO (a cura di), *Taglialeggi e Normativa tra luci e ombre*, Padova, 2012 e CARNEVALE, *Le cabale della legge*, Napoli, 2011, oltreché, *ex plurimis*, CECCHETTI, *Il “taglio” delle leggi tra deleghe legislative, decretazione d’urgenza, clausole “ghigliottina” e abrogazioni espresse*, in PAJNO - VERDE (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto*, I, Milano, 2010.

<sup>6</sup> La *Relazione al Parlamento sull’attuazione dell’art. 14, comma 12, della legge 28 Novembre 2005, n. 246* è disponibile – assieme ai suoi allegati – al sito [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), nella sezione Qualità della regolazione-semplificazione.

<sup>7</sup> Così la stessa *Relazione*, p. 26.

La seconda fase, per la quale veniva stabilito un ulteriore termine biennale, è stata caratterizzata dalla predisposizione, da parte del Governo, di decreti legislativi che individuassero le disposizioni legislative statali, pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi, delle quali apparisse indispensabile la permanenza in vigore. Peraltro, mediante tali decreti, il Governo veniva altresì delegato al riassetto delle disposizioni rimaste in vigore, anche alla luce del loro necessario coordinamento con le leggi approvate dopo il 1° gennaio 1970<sup>8</sup>.

Al termine di questa fase si è prevista l'abrogazione di tutte le disposizioni legislative statali pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi, venendo escluse da tale abrogazione (e rimanendo quindi in vigore) solo le disposizioni comprese in una serie di categorie contenute nella stessa legge delega, oltre a quelle indicate nei decreti legislativi "salvifici" di cui sopra. In origine l'effetto abrogativo generalizzato era programmato

---

<sup>8</sup> Pur se esula, in sé, dall'oggetto di questo contributo, è senz'altro degno di nota il biforcarsi della delega, tutta giocata sull'intrecciarsi tra semplificazione quantitativa e semplificazione sostanziale (circa tale distinzione, cfr. CECCHETTI, *Problemi e prospettive di attuazione della delega "taglialeggi"*, in CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007*, Torino, 2009, 272 s. e la relazione dello stesso Autore in ZACCARIA (a cura di), *Rapporto sugli incontri universitari dedicati a "Problemi delle fonti normative" di interesse del Comitato per la legislazione*, Camera dei Deputati - Comitato per la legislazione, XV Legislatura, Roma, 2008, 98 s.). Il primo profilo, meramente formale, consiste nella riduzione dello *stock* legislativo vigente; il secondo investe piuttosto il riordino e il riassetto della normativa vigente "sparsa", in particolare attraverso i tipici strumenti dei codici e dei testi unici.

Del resto, nonostante tali due profili – solo apparentemente sovrapponibili – siano apparsi fin dall'inizio alla dottrina più attenta «del tutto incompatibil[i]» (LUPO, *Quando la legge si propone di semplificare ma, purtroppo, non ci riesce. A proposito della legge n. 246 del 2005 (legge di semplificazione 2005)*, in *Rass. Parl.*, 2006, 288), nella delega hanno sempre convissuto, intrecciandosi, epifanie dell'uno e dell'altro, a partire dallo stesso tenore dei principi e criteri direttivi (su alcuni dei quali, diffusamente, *infra*).

Appare peraltro chiaro come, sebbene il dettato normativo sembri porre in primo piano la riduzione quantitativa dello *stock*, in realtà – tra le righe dello stesso – la delega al riassetto risulti «decisamente più forte e accentuata»<sup>8</sup> (così CECCHETTI, *Problemi e prospettive di attuazione della delega "taglialeggi"*, cit., 273. Della stessa opinione CUOCOLO, *Aspetti problematici della legge di semplificazione per il 2005*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 13 dicembre 2005, 6).

per il 16 dicembre 2009, ma è stato posticipato di un anno dall'art. 4 della legge 18 giugno 2009, n. 69.

È stata altresì prevista una terza fase, nella quale si dà al Governo la possibilità di adottare decreti legislativi correttivi, integrativi e – a séguito della novella operata dall'art. 13 della l.n. 15 del 2009 – di riassetto.

Durante il periodo di “apertura” della delega, gli effetti della sua attuazione sono stati in parte anticipati dal Governo tramite l'art. 24, comma 1 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133) e l'art. 2 del d.l. 22 dicembre 2008, n. 200 (conv. dalla l. 18 febbraio 2009, n. 9), che hanno abrogato espressamente diverse migliaia di atti primari.

### **3. Principi e criteri della delega, ovvero il lastrico delle buone intenzioni**

Nei principi e criteri della delega è tangibile lo scontro fra la convinzione di poter aggiornare l'ordinamento positivo da un giorno all'altro – letteralmente! – e la “profondità” storica dell'ordinamento stesso, che si è vendicata vanificando buona parte degli sforzi di semplificazione.

In realtà, peraltro, la stessa scelta di una data prima della quale stabilire una sorta di presunzione assoluta di “inutilità” è intrinsecamente frutto di un'opzione “storica” (e politica)<sup>9</sup>.

In virtù dei problemi sollevati, vale la pena di esaminare partitamente alcuni dei principi e dei criteri della delega per l'individuazione delle disposizioni da sottrarre all'abrogazione (elencati al comma 14 dell'art. 14 della legge n. 246 del 2005), tenendo conto del fatto che anche le modifiche successive ne hanno lasciato intatta la formulazione, limitandosi la l. 18 giugno 2009, n. 69 ad aggiungerne uno, la lettera *h*).

La lettera *a*) esclude dal possibile “salvataggio” le disposizioni oggetto di abrogazione tacita o implicita: ora, la *ratio legis* è chiara, ed

---

<sup>9</sup> Una possibile *ratio* per la data del 1° gennaio 1970 può essere rinvenuta nell'inizio dell'attuazione dell'ordinamento regionale, o – più in generale – come spartiacque simbolico rispetto alla successiva attuazione di fondamentali previsioni costituzionali, in primo luogo il “disgelo” del referendum.

è senz'altro lodevole la volontà di migliorare il sistema togliendo quelle disposizioni che, sebbene da ritenersi abrogate, non essendole state esplicitamente «*vengono riprodotte all'infinito perché non dichiarate ufficialmente morte*»<sup>10</sup>. Del resto, lo stesso art. 15 delle Preleggi – quale che sia il suo valore nell'ordinamento – prevede, accanto all'abrogazione per disposizione espressa del Legislatore, quella per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti (c.d. implicita) e quella per rinnovazione della materia (c.d. tacita)<sup>11</sup>.

Eppure, nonostante l'intento commendevole, l'espressione utilizzata è quantomeno opinabile. Infatti, l'abrogazione implicita, così come quella tacita<sup>12</sup>, è frutto di una «*constatazione della "incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti"*» che «*non può non essere compiuta in sede applicativa*»<sup>13</sup>: è l'operatore, l'interprete, il protagonista del fenomeno, sta a lui mettere a confronto due disposizioni successive nel tempo, risultando dunque l'abrogazione implicita tutt'altra cosa rispetto a quella esplicitamente disposta<sup>14</sup>.

In definitiva, «*l'abrogazione espressa colpisce una o più disposizioni; l'abrogazione tacita [così come quella c.d. implicita], di regola, colpisce soltanto delle norme, senza necessariamente toccare alcuna disposizione*»<sup>15</sup>.

Nell'abrogazione espressa, il Legislatore decide esattamente che cosa debba essere abrogato (atto o disposizione), indicandolo; in quella implicita, non è il Legislatore ad avere l'ultima parola, limitandosi ad attribuire all'operatore il potere di dichiarare quali contenuti deontici

<sup>10</sup> RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, 105.

<sup>11</sup> Quello esposto nel corpo del testo è il comune utilizzo dei termini abrogazione "tacita" e "implicita" (cfr. ad es. PASSAGLIA, *Le fonti del diritto*, in ROMBOLI (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, Vol. III, Torino, 2009, 34); si tenga però conto che in RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit., 104 s., si indica l'abrogazione per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti come "tacita", mentre non si dà una particolare etichetta a quella per rinnovazione della materia, così come in GUASTINI, *Le fonti del Diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 291 s.

<sup>12</sup> Che comunque possiamo qui trattare unitamente, essendo l'abrogazione per rinnovazione della materia una *specie* dell'abrogazione per incompatibilità tra le vecchie disposizioni e le nuove, specie «nella quale il confronto non viene fatto tra disposizione e disposizione, ma tra blocco normativo e blocco normativo» (RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit., 110).

<sup>13</sup> PASSAGLIA, *Le fonti del diritto*, cit., 34.

<sup>14</sup> RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit., 105.

<sup>15</sup> GUASTINI, *Le fonti del Diritto e l'interpretazione*, cit., 294.

non vadano più ritenuti in vigore confrontando due testi, entrambi parte a pieno titolo dello *stock* normativo astrattamente applicabile.

Pertanto, in quest'ottica, chiedendo al Governo a farsi giudice dell'avvenuta abrogazione espressa o tacita, lo si spinge – in quanto legislatore delegato – ad invadere un campo che non gli è proprio, il campo dell'interprete.

Senza poter ovviamente approfondire in questa sede gli innumerevoli aspetti del fenomeno, si tenga però conto della posizione di un autorevole costituzionalista, che in una sua opera recente afferma che *«la vera e propria abrogazione non è quella “espressa”, bensì quella “tacita”, risultante dal contrasto fra la disposizione attualmente emanata e la disciplina anteriore, mentre l'abrogazione “espressa” di testi o parti di essi costituisce un negativo che occorre ogni volta sviluppare per ricavarne il corrispondente positivo, cioè l'effettiva portata dell'atto normativo sopraggiunto»*<sup>16</sup>. Subito prima si è del resto definito come fenomeno abrogativo la *«adozione di una disciplina di una determinata materia contraria (o anche soltanto diversa rispetto) a quella anteriormente vigente»*. L'essenza dell'abrogazione viene perciò ravvisata già nel solo contrasto tra la disciplina previgente e quella nuova, riducendo quindi – parrebbe – fin quasi ad annullarla la distanza fra i vari tipi di abrogazione, che partono dal Legislatore e si concretizzano mediante *«un'operazione interpretativa più o meno complessa»*. È però lo stesso Autore, poche righe più avanti, a specificare che quanto detto *«non esclude che la tecnica dell'abrogazione espressa risulti di regola più garantista per il destinatario della legge a causa della più agevole e, almeno teoricamente, più “certa” determinazione degli effetti della disposizione abrogativa»*<sup>17</sup>.

Volendo quindi tentare una (difficile) *reductio ad unum* dei possibili approcci alla previsione della lettera *a*), si potrebbe considerarla come la richiesta di operare di nuovo la scelta abrogativa su disposizioni che già in precedenza si fossero trovate a contrastare con la volontà successiva del Legislatore. È quindi lo stesso – inesauribile – Legislatore (per quanto delegato) che deve “affinare” la scelta già compiuta nel passato, avendo cura di non includere negli

---

<sup>16</sup> PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, II ed., inserito in GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011, 248.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

elenchi “di salvataggio” le disposizioni il cui contenuto normativo è già venuto meno in virtù di tale scelta. Tale operazione rappresenta senza dubbio una forzatura, ma si tenga conto che alla base della predisposizione degli elenchi delle leggi da sottrarre all’abrogazione sta un vastissimo fenomeno partecipativo in grado di coinvolgere tutte le Amministrazioni dello Stato (dunque, i principali operatori e interpreti), chiamate a segnalare l’effettivo *status* di leggi e disposizioni afferenti al loro ambito d’intervento. È peraltro interessante notare come la Commissione parlamentare per la semplificazione<sup>18</sup>, e per suo tramite le stesse Commissioni permanenti di Senato e Camera, abbiano costituito un importante *hub* per gestire le richieste d’integrazione o modifica degli elenchi delle disposizioni da lasciare in vigore<sup>19</sup>.

Nel complesso, quindi, un criterio (o principio?) direttivo che sovrappone i piani del Legislatore e dell’interprete si dimostra in qualche modo aderente a quanto effettivamente accade in una delega complessa e “partecipata”.

Passando alla lettera *b*), che “condanna” le «*disposizioni che abbiano esaurito o siano prive di effettivo contenuto normativo o siano comunque obsolete*», abbiamo di nuovo una *ratio* chiara ed apprezzabile, ma espressa malissimo nella disposizione. Si cerca infatti di risolvere un tipico problema discusso nelle trattazioni sulle fonti del Diritto, ovvero la scissione tra vigenza ed efficacia e tra efficacia ed effettività<sup>20</sup>.

Un problema che – com’è evidente – ha sullo sfondo proprio l’immersione della “materia normativa” all’interno di un *continuum* temporale e storico.

Il primo binomio potrebbe essere il meno problematico dal punto di vista dei limiti alla delega, potendosi teoricamente assumere l’esistenza di criteri oggettivi coi quali ritenere una legge inapplicabile pur se a tutti gli effetti in vigore. Comunque sia, ai nostri fini si rileva

---

<sup>18</sup> Organo bicamerale istituito dall’articolo 14, comma 19, della stessa l.n. 246 del 2005.

<sup>19</sup> Per alcuni esempi, sia consentito rimandare a PACINI, *L’apporto delle Commissioni permanenti al parere della Commissione parlamentare per la semplificazione nell’iter di formazione del d.lgs. n. 179 del 2009* in ROSSI (a cura di), *Studi Pisani sul parlamento V*, Pisa, 2012.

<sup>20</sup> Per l’approfondimento dei quali si rimanda ancora una volta a RESCIGNO, *L’atto normativo*, cit., 94 ss.

che tali criteri esulano dalla disciplina della delega, lasciando intatte le perplessità in merito.

Perplessità che aumentano prendendo in considerazione le disposizioni efficaci ma non effettive: esse sono dunque in vigore, sono astrattamente applicabili ma non applicate. Non è certo difficile richiamarne alla mente qualche esempio, ma occorre tener conto del fatto che «*in generale i giuristi non si occupano di questo aspetto; se ne occupano invece i sociologi del Diritto*»<sup>21</sup>. Effettivamente, se si riflette sulla delega al Governo in merito non si vede che assoluta discrezionalità, essendosi spostati su valutazioni suscettibili addirittura di trascendere il piano meramente giuridico.

In realtà, anche a questo proposito vale quanto detto a proposito della lettera *a)*: il Governo è sì destinato ad avere l'ultima parola, ma all'esito di un procedimento fortemente partecipativo, il quale – ove davvero funzioni – inserisce all'interno dell'*iter* legiferante proprio l'esperienza applicativa che, sola, può aiutare a decidere se una disposizione nominalmente vigente abbia ancora un senso come tale.

La lettera *b)* è stata in particolare attaccata per la menzione – effettivamente infelice – della «*obsolescenza*»: è parso intaccato uno dei principi basilari della dottrina sulla legge, lasciando buon gioco ad aspre critiche<sup>22</sup>.

È noto non solo ai giuristi come una caratteristica fondamentale della legge sia il suo non venire meno per mera desuetudine, la «*illimitata proiezione della [sua] efficacia verso il futuro*»<sup>23</sup>: mentre (per definizione) una consuetudine priva dell'elemento della *diuturnitas* è senz'altro fuori dalle fonti del Diritto applicabili, invece «*le previsioni contenute nella legge [...] riguardano [...] qualunque fatto futuro a meno che non intervenga qualche circostanza ostativa, come una legge abrogativa di quella in esame o anche l'esaurimento di essa per il raggiungimento del suo scopo o dei mezzi di cui essa prevede l'utilizzazione [...] o ancora per la cessazione dell'oggetto o dei presupposti di fatto o di diritto della sua applicazione*»<sup>24</sup>. In tale ordine d'idee, la previsione di cui alla lettera *de qua* potrebbe essere

---

<sup>21</sup> Ivi, 96.

<sup>22</sup> Per tutti, AQUILANTI, *Abrogare le leggi più vecchie (e anche quelle di mezza età)*, in *Foro It.*, 2005, V, col. 164, in fine.

<sup>23</sup> PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 480.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

globalmente interpretata proprio come volta a certificare con certezza l'avvenuto verificarsi delle situazioni appena citate, al di fuori della legge abrogativa.

Parlare però, come si fa in tale delega, di «*obsolescenza*» di un atto normativo appare francamente indifendibile: o si tratta di un infelice sinonimo di “esaurimento o avvenuto venir meno di contenuto normativo per mutate condizioni di fatto e di diritto”, e allora è ridondante perché sarebbe stato sufficiente fermarsi alla parola «*normativo*», oppure significa “venir meno di contenuto normativo per il mero decorso del tempo” il che è – senza mezzi termini – un errore.

Lascia però perfino più perplessi il criterio *sub c)*, ove si prescrive che il Governo identifichi – escludendole quindi dall'abrogazione generalizzata – le «*disposizioni la cui abrogazione comporterebbe lesione dei diritti costituzionali dei cittadini*». Anzitutto, non pare possibile trovare criteri oggettivi che sottostiano a questo criterio, essendo tali diritti di (quantomeno) «*incerta definizione e imputazione*»<sup>25</sup>; in più, appare improprio rendere l'Esecutivo arbitro di una simile ponderazione, che dovrebbe piuttosto spettare alla Corte Costituzionale<sup>26</sup>.

Alla luce di quanto detto in precedenza sulla non obbligatorietà dell'esercizio della delega, la lettera *c)* assume un profilo grottesco, potendo essere letta grossomodo come “il Governo può adottare decreti legislativi che identifichino disposizioni le quali, se abrogate, produrrebbero una lesione dei diritti costituzionali dei cittadini”. Il che significa, per assurdo, che esercitando legittimamente il suo potere di omissione dell'attuazione della delega, al Governo è dato di lasciare che tali disposizioni vengano abrogate, “legittimamente” ledendo i diritti costituzionali dei cittadini. Una disposizione, evidentemente, non meditata a sufficienza in tutte le sue implicazioni testuali.

La lettera *d)*, che demanda l'identificazione delle disposizioni «*indispensabili per la regolamentazione di ciascun settore*», presta evidentemente il fianco al rilievo dell'assoluta indeterminatezza, non fornendo alcun criterio ulteriore. Si tratta tuttavia di qualcosa che esula

---

<sup>25</sup> DICKMANN, *Legge di semplificazione e di riassetto normativo per il 2005: alcune questioni sugli interventi di semplificazione della legislazione di cui all'art. 14*, in *Foro Amm.*, 2005, 2781.

<sup>26</sup> AQUILANTI, *Abrogare le leggi più vecchie (e anche quelle di mezza età)*, cit., col. 165.



dall'oggetto di questo scritto e si passa oltre, così come per la lettera g), inerente all'identificazione delle disposizioni «*la cui abrogazione comporterebbe effetti anche indiretti sulla finanza pubblica*» e h), che menziona la «*identificazione delle disposizioni contenute nei decreti legislativi ricognitivi, emanati ai sensi dell'articolo 1, comma 4, della legge n. 131/2003, aventi per oggetto i principi fondamentali della legislazione dello Stato nelle materie previste dall'articolo 117, terzo comma, della Costituzione*».

Le lettere e) «*organizzazione delle disposizioni da mantenere in vigore per settori omogenei o per materie, secondo il contenuto precettivo di ciascuna di esse*» ed f) «*garanzia della coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa*» paiono attenersi piuttosto alla fase di riassetto, atteggiandosi però a principi di portata talmente vasta da risultare inutili, soprattutto il secondo.

#### **4. L'attuazione della delega: il “salva-leggi”**

La delega all'individuazione delle disposizioni da mantenere in vigore come disegnata dall'art. 14, comma 14, della l.n. 265 del 2005 è stata attuata tramite un solo decreto legislativo (1 dicembre 2009, n. 179), adottato in tempi assai vicini alla sua scadenza; per quanto, invero, anche il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, «*Codice dell'ordinamento militare*», scaturito anch'esso dalla delega (prorogata) ex art. 14, commi 14 e 15 della l.n. 246 del 2005, rechi un elenco di disposizioni da sottrarre all'abrogazione disposta dal comma 14-ter della medesima.

La l.n. 69 del 2009 aveva – provvidenzialmente – separato il momento della scadenza della delega da quello dell'automatismo abrogatore, frapponendovi un intero anno. In ogni caso, è evidente che una mancata attuazione della delega avrebbe avuto conseguenze quantomai gravi, mandando di fatto “a monte” l'intera operazione, che avrebbe dovuto essere completamente ripensata; inoltre, nell'originario *dies ad quem* della “ghigliottina” era destinato a prodursi anche l'effetto abrogativo già disposto dal d.l. n. 200 del 2008 come convertito dalla l.n. 9 del 2009.

Il d.lgs. n. 179 del 2009, recante «*Disposizioni legislative statali anteriori al 1° gennaio 1970, di cui si ritiene indispensabile la permanenza in vigore, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246*», quindi, va a costituire il principale momento

attuativo dell'originaria delega "taglia-leggi". Il decreto (entrato in vigore il 15 dicembre 2009) si compone di un solo articolo – significativamente rubricato come «*Ambito di applicazione e definizioni*» – e due allegati.

Il primo comma dell'articolo unico così recita: «*Ai fini e per gli effetti dell'articolo 14, commi 14, 14-bis e 14-ter, della legge 28 novembre 2005, n. 246, e successive modificazioni, nell'Allegato 1 del presente decreto legislativo sono individuate le disposizioni legislative statali, pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi, delle quali è indispensabile la permanenza in vigore*».

L'Allegato 1 contiene l'indicazione di 2375 atti normativi pubblicati anteriormente al 1° gennaio 1970, che vengono dunque sottratti all'abrogazione generalizzata disposta dal comma 14-ter della legge delega.

L'articolo unico del d.lgs. stabilisce invece al comma 2 che siano «*sottratte all'effetto abrogativo di cui all'articolo 2 del decreto-legge 22 dicembre 2008, n. 200, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2009, n. 9, le disposizioni indicate nell'Allegato 2 al presente decreto legislativo, che permangono in vigore anche ai sensi e per gli effetti dell'articolo 14, commi 14, 14-bis e 14-ter, della legge 28 novembre 2005, n. 246, e successive modificazioni*». Tale disposizione rimanda ad un allegato strutturato in maniera identica rispetto all'altro, ma con un minor numero di indicazioni ("solo" 861)<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Il comma 3 dell'art.1 decreto, invece, reca una serie di definizioni «*ai fini del presente decreto legislativo*», atte a gettare luce su alcune locuzioni presenti fin dall'inizio nella legge delega. Il comma 4 dell'unico articolo di cui si compone il d.lgs. n.179 del 2009 è invece dedicato al problema del rapporto tra l'effetto abrogativo del "taglia-leggi" e i decreti legislativi di attuazione degli statuti delle Regioni ad autonomia speciale, oltreché con l'attuazione di patti e intese con le confessioni religiose cattoliche e non: vi si stabilisce infatti che «*Le disposizioni legislative emanate ai sensi degli articoli 7, secondo comma, 8, terzo comma, e 116, primo comma, della Costituzione sono comunque escluse dall'effetto abrogativo di cui all'articolo 14, comma 14-ter, della legge 28 novembre 2005, n. 246, e successive modificazioni*». Vale la pena di menzionare anche il comma 5 dell'articolo unico di cui si compone il d.lgs. n. 179 del 2009, ove si dispone l'entrata in vigore del decreto il giorno successivo a quello della pubblicazione: questo provvedimento non ha conosciuto dunque alcuna *vacatio*, né poteva conoscerne dato che il giorno successivo a quello stabilito per l'entrata in vigore si sarebbe prodotto l'effetto abrogativo disposto dal d.l. n. 200 del 2008.

Al d.lgs. n. 179 del 2009 ha fatto seguito, in virtù della delega correttiva, il d.lgs. 13 dicembre 2010, n. 213. Tale atto è composto da due soli articoli: col primo si va a modificare l'Allegato 1 del d.lgs. n. 179 del 2009 in tre diversi modi. In particolare, si vanno ad aggiungere alla lista dei salvataggi le disposizioni indicate nell'Allegato A (36 atti complessivi), a espungere quelle indicate nell'Allegato B (466 atti) e a sostituire quelle indicate nell'Allegato C (diverse decine, solitamente ridefinendo abrogazioni parziali).

Inoltre, contestualmente al d.lgs. n. 213 del 2010, è stato emanato il d.lgs. 13 dicembre 2010, n. 212 recante – in pratica – l'elenco delle disposizioni abrogate dal meccanismo “taglia-leggi”. Recependo istanze provenienti anche dalla dottrina, infatti, la l.n. 69 del 2009 aveva novellato la delega originaria prevedendo, al comma 14-*quater* dell'art. 14, l'adozione di decreti legislativi per l'abrogazione espressa di disposizioni che ricadessero nelle categorie di cui alle menzionate lettere *a)* e *b)* del comma 14. Tale delega ulteriore prevedeva la possibilità d'includervi anche disposizioni successive al 1970 – il che fa sorgere ulteriori perplessità data la (ancor più) generica potestà abrogativa attribuita al Governo – ma il legislatore delegato ha fatto opera di *self-restraint* includendo nel d.lgs. n. 212 del 2010 solo disposizioni precedenti al “fatidico” 1970.

Si registra che – prima delle correzioni “fisiologiche” del d.lgs. n. 213 del 2010 – il d.lgs. n. 179 del 2009 era stato oggetto di un intervento modificativo estremamente inopportuno sotto il profilo della disciplina delle fonti del diritto. Si tratta dell'art. 6, comma 2-*bis*, del d.l. 30 aprile 2010, n. 64, inserito dalla legge 29 giugno 2010, n. 100, di conversione del decreto stesso. Ai sensi di detto comma, «all'allegato 2 al decreto legislativo 1° dicembre 2009, n. 179, dopo il numero 446 è inserito il seguente: “446-*bis*. Regio decreto-legge 1061 16/06/1938 provvedimenti a favore dell'industria cinematografica nazionale, Beni e attività culturali, artt. 12, 13, 14”». Si vanno dunque a salvare tre articoli del provvedimento tramite il loro inserimento nell'elenco dei “salvataggi”.

Riferendosi però all'Allegato 2, l'effetto abrogativo si era già prodotto da mesi: siamo quindi di fronte ad un evidente caso di

reviviscenza, fenomeno dagli evidenti risvolti patologici e di ulteriore complicazione del quadro ordinamentale<sup>28</sup>.

Sulla (cattiva) strada di questo provvedimento, si muove anche il successivo d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, che va ad includere (art. 2, comma 50) due leggi nell'Allegato 1 al d.lgs. n. 179 del 2009, "trapiantandole" dal d.lgs. n. 212 del 2010. In ogni caso, l'abrogazione si era già prodotta quasi due giorni prima, e si ha di nuovo un caso di reviviscenza, tanto più grave in quanto nascosta nei meandri del decreto "milleproroghe".

## 5. Due esempi eclatanti di sottovalutazione della "profondità" storica

Circa la controversa natura "sostanziale" del d.lgs. n. 179 del 2009<sup>29</sup> si è peraltro espressa la Corte Costituzionale, nella sent. n. 346 del 2010. Con tale sentenza, la Corte ha deciso sul ricorso in via principale promosso dalla Provincia Autonoma di Bolzano, che lamentava la violazione di numerosi parametri costituzionali, statutari ed internazionali da parte del d.lgs. n. 1 dicembre 2009, n. 179 (c.d. "salva-leggi") nella parte in cui sottrae all'abrogazione il r.d. 29 marzo 1923, n. 800, convertito dalla legge 17 aprile 1925, n. 473, in materia di toponomastica, che prevedeva in pratica una sostituzione d'imperio di tutti i toponimi, per "italianizzare" con la forza le zone appena "redente".

La Corte ha rilevato una scissione tra la natura "formale" di atto normativo (primario) del decreto legislativo ed il suo essere «sprovvisto di una propria autonoma forza precettiva», ovvero «di quel carattere innovativo che si suole considerare proprio degli atti normativi» (punto 4.5 del considerato in diritto): per questo motivo, ha dichiarato inammissibile la questione per carenza d'interesse a ricorrere, data

---

<sup>28</sup> Sulla reviviscenza *cf.*, di recente, MARCENÒ, *La legge abrogata*, cit., 42 ss. e CELOTTO, *Fonti del diritto*, cit., 87 ss. e il contributo ad essa specificamente dedicato da MEZZANOTTE, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento*, in *Rass.Parl.* luglio/settembre 2006, 685 ss.

<sup>29</sup> Fin dall'inizio del procedimento "taglia-leggi", la dottrina si è posta il problema della natura innovativa o meramente ricognitiva dei decreti atti ad individuare le disposizioni legislative da salvare: *cf.* LUPO, *Quando la legge si propone di semplificare ma, purtroppo, non ci riesce*, cit., 288, e, più di recente, CECCHETTI, *Il "taglio" delle leggi*, cit., 114 ss., ove si ripercorre il dibattito sul tema.

l'assoluta mancanza di innovatività che un siffatto provvedimento reca con sé.

Era stato quindi paventato – sia pure per errore – il ritorno in vigore di un provvedimento “fascistissimo”, che se stava, per così dire, “dormiente” da decenni; anzi, più che di un sonno si trattava semmai di uno stato assai più prossimo alla morte, dato che l’abrogazione implicita l’aveva senz’altro travolto. Del resto, la stratificazione storica dell’ordinamento comporta che non solo singoli atti vadano ad abrogare implicitamente altri atti, ma che intere parti dell’ordinamento vengano superate (*i.e.*, ai nostri fini, abrogate); parti all’interno delle quali si potrebbero avere elementi suscettibili di essere utilizzati anche molto tempo dopo, ed anzi essere ancora politicamente sensibili. Una volta di più il “metodo storico” diventa quanto di più lontano vi possa essere dal mero esercizio accademico, potendo entrare nelle aule parlamentari e giù fino a quelle dei tribunali.

A proposito di questo, può risultare significativo far menzione di un’altra vicenda non troppo risalente, in grado di sollevare diversi interrogativi di ordine giuridico oltretutto – come si dirà – politico.

Il già menzionato Codice dell’ordinamento militare contiene infatti, all’art. 2268, più di mille abrogazioni espresse, fra le quali (al n. 297) il d.lgs. 14 febbraio 1948, n. 43, di attuazione del divieto costituzionale delle associazioni di carattere militare che perseguono, anche indirettamente, scopi politici (art. 18 Cost.).

Da ben prima della predisposizione di tale Codice, numerosi attivisti di movimenti “collaterali” rispetto al partito di appartenenza dell’allora Ministro per la Semplificazione Normativa erano in quel momento sottoposti a procedimento penale presso alcuni tribunali veneti, proprio per il reato di cui all’art. 1 del d.lgs. n. 43 del 1948; provvedimento che – peraltro – il d.lgs. n. 179 del 2009 aveva incluso fra le disposizioni da “salvare” rispetto all’abrogazione generalizzata. Nonostante la disponibilità subito manifestata dal Ministero della Difesa a correggere quello che veniva definito come mero errore materiale, l’Ufficio legislativo del Ministero per la Semplificazione oppose a ciò un esplicito diniego<sup>50</sup>, sostenendo che non si trattasse di rettifica, ma di vera e propria modifica, per la quale si rendevano

---

<sup>50</sup> Cfr. PUPPO, *L’abrogazione del decreto legislativo che vieta le associazioni di carattere militare*, contributo del 7 dicembre 2010, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), par. 2.

necessari i pareri del Consiglio di Stato e della Commissione per la Semplificazione.

Alla fine, nessuna correzione è stata operata sul punto e, all'entrata in vigore del Codice dell'ordinamento militare (ovvero il successivo 9 ottobre 2010, cinque mesi dopo la sua pubblicazione in G.U. come disposto dal suo stesso art. 2272), si è prodotta l'*abolitio criminis* relativa al reato, con le dovute conseguenze processuali.

Tale serie di eventi – denunciata all'epoca da un partito d'opposizione assai attento a ciò che accade nei tribunali – ha portato alla presentazione di una mozione di sfiducia nei confronti dell'allora Ministro per la Semplificazione Normativa, posta in votazione e respinta dalla Camera in data 22 dicembre 2010<sup>31</sup>.

Della questione è stata investita la Corte Costituzionale, a seguito del ricorso incidentale promosso dal Tribunale di Verona e dal Giudice dell'Udienza Preliminare del Tribunale di Treviso. Con due ordinanze separate, ma dalle motivazioni pressoché identiche, la Corte ha disposto nel primo caso la restituzione degli atti al giudice *a quo*<sup>32</sup>, e nell'altro la manifesta inammissibilità della questione<sup>33</sup>: infatti, nelle more del primo giudizio e poco prima del promovimento del secondo, il d.lgs. n. 213 del 2010 aveva espunto il d.lgs. n. 43 del 1948 dalle disposizioni "salvate" dal d.lgs. n. 179 del 2009, disponendone quindi l'abrogazione anche – per così dire – *ex* taglia-leggi. A giudizio (non del tutto condivisibile<sup>34</sup>) della Consulta, l'effetto abrogativo di questo ulteriore atto doveva essere necessariamente valutato dal giudice rimettente, pena il difetto di motivazione in punto di rilevanza<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> A.C., XVI legislatura, res. sten., 22 dicembre 2010, 18 s.

<sup>32</sup> Corte Cost., ord. 7 novembre 2011, n. 296.

<sup>33</sup> Corte Cost., ord. 12 dicembre 2011, n. 341. Va segnalato come lo stesso Codice sia tornato al vaglio della Corte anche in seguito: nell'ambito di una controversia circa il ricorso avverso una sanzione disciplinare irrogata ad un militare, il Tar Molise aveva sollevato questione di legittimità costituzionale sia degli specifici articoli concernenti la materia che – in via subordinata – della delega "taglia-leggi" del 2005, lamentando in pratica la mancata specificazione dell'oggetto. Anche qui, però, la Corte ha (non) risolto in rito entrambe le questioni, dichiarandone la manifesta inammissibilità per «carente utilizzazione dei poteri interpretativi che la legge riconosce al giudice rimettente» (Corte Cost., ord. 11 dicembre 2013, n. 322).

<sup>34</sup> Essendosi infatti già pienamente dispiegata da mesi l'abrogazione – ad opera del Codice dell'ordinamento militare – quando è scattata la "ghigliottina" del taglia-leggi, il 16 dicembre 2010.

<sup>35</sup> Cfr. la parte motiva dell'ordinanza ult. cit., *in fine*.

Pochi mesi dopo, con un *coup de théâtre* degno della vicenda, il d.lgs. 24 febbraio 2012, n. 20 (primo decreto correttivo del Codice dell'ordinamento militare) ha disposto la soppressione, all'art. 2268 comma 1, del n. 297 e che quindi «per l'effetto, il decreto legislativo 14 febbraio 1948, n. 43, riprend[*a*] vigore [*e sia*] sottratto agli effetti di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 13 dicembre 2010, n. 213» (art. 9, comma 1, lett. *q*) ). Un'altra ipotesi, dunque, di reviviscenza; indubbia l'efficacia *ex nunc*, trattandosi di norma penale. Quindi, ricapitolando, dal 9 ottobre 2010 al 27 marzo 2012 (data di entrata in vigore del decreto correttivo) il d.lgs. n. 43 del 1948 era rimasto abrogato, per poi tornare, immutato nelle disposizioni, alla piena vigenza, facendo tuttavia perdere rilevanza penale ad ogni condotta precedente alla “nuova” entrata in vigore, anche a quelle – quindi – precedenti all'abrogazione.

Anche dopo la pubblicazione di tale ultimo decreto, quindi, il Tribunale di Verona e (poco dopo) il GUP di Treviso, hanno nuovamente impugnato sia l'art. 2268 del Codice dell'ordinamento militare nella parte in cui, al numero 297) del comma 1, abroga il d.lgs. n. 43 del 1948 che il d.lgs. n. 213 del 2010, nella parte in cui aveva espunto il d.lgs. n. 43 del 1948 dalle disposizioni “salvate” dal d.lgs. n. 179 del 2009. In via subordinata, era stato impugnato anche l'art. 14 della l.n. 246 del 2005.

Questa volta la Corte – riuniti i giudizi – si è pronunciata nella maniera più incisiva, dichiarando l'incostituzionalità delle disposizioni impuginate in via principale per contrasto con l'art. 76 Cost. e dichiarando assorbite le altre<sup>36</sup>. Tale sentenza pone una serie d'interrogativi di grande portata (a partire dal tema, delicatissimo, della successione di leggi penali nel tempo) che non possono essere debitamente affrontati in questa sede<sup>37</sup>.

Tuttavia, nello spirito che vuole animare questo contributo, si segnala come nel primo caso indicato (sulla toponomastica) si fosse creato, per la stessa complessità della vicenda, un problema interpretativo da risolvere; nel secondo caso, invece, le pieghe dell'elemento “storico” del diritto – sostanziate in un artificio barocco –

---

<sup>36</sup> Corte Cost., sent. 15 gennaio 2014, n. 5.

<sup>37</sup> Sulla sentenza, *cf.* ROSSI, *La Corte costituzionale boccia l'abrogazione del decreto legislativo sulle associazioni paramilitari*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it), 24 gennaio 2014.

parrebbero essere state utilizzate al fine d'introdurre surrettiziamente un'*abolitio criminis* difficilmente accettabile non solo sul piano politico ma anche su quello strettamente giuridico<sup>58</sup>, portando quindi a "traumi" dell'ordinamento per cercare un rimedio.

## 6. Qualche conclusione

Questi *flash* sul lungo e tortuoso cammino del "taglia-leggi" mirano a far emergere lo scontro fra il modello astratto di ordinamento giuridico – sulla base del quale l'operazione era stata progettata – e la concreta sostanza delle cose, del tutto insuscettibile di venire ad esso ridotta.

Del resto, uno dei punti di maggiore tensione della semplificazione normativa sta nella giuntura, scricchiolante ma necessaria, tra il momento tecnico-scientifico e quello politico. Come notava attenta dottrina già a metà degli anni '80, per raggiungere l'obiettivo di una corretta manutenzione dell'ordinamento occorrerebbe «*superare quella diffidenza che i politici solitamente mostrano nei confronti dei giuristi e che è determinata in pari misura dalla scarsa preparazione tecnica di buona parte dei primi e dalla dubbia affidabilità politica di non pochi dei secondi*»<sup>59</sup>. Del resto, la commistione fra tecnica e politica è una componente ineliminabile della semplificazione normativa: essa è anzitutto la tecnica con la quale maneggiare la materia politica per eccellenza, quella legge che ne rappresenta – o dovrebbe rappresentarne – il diretto precipitato.

Come si è cercato di tratteggiare, anche da questi difficili incontri esce sacrificato proprio il metodo storico, inteso come percezione della

---

<sup>58</sup> Non è ovviamente possibile approfondire in questa sede neppure la questione – pur di notevole interesse – dell'esistenza di fonti primarie dotate, in virtù solo del loro contenuto, di una forza passiva rinforzata anche nei confronti dello stesso legislatore ordinario, oltretutto di quello referendario (per il quale è ormai pacifico); ci si limita a ricordare che la Corte Costituzionale non sembra aver mai utilizzato la categoria delle leggi "costituzionalmente necessarie" al di fuori del giudizio di ammissibilità del referendum, e si rimanda per altri possibili profili alle sintetiche considerazioni svolte da PUPO, *L'abrogazione del decreto legislativo che vieta le associazioni di carattere militare*, cit., par. 4.

<sup>59</sup> PIZZORUSSO, *La Sottocommissione per la delegificazione: realtà e prospettive*, in *Le Regioni*, 1985, 310. Cfr. sul punto ID., *L'abrogazione come strumento di semplificazione del sistema normativo*, in *Le Regioni*, 2000, 799 s.



dimensione storica sottesa a ciascun fenomeno giuridico (o, forse, della quale ciascun fenomeno giuridico è composto).

Tuttavia, per quanto ciò possa apparire sorprendente – anche viste le nequizie appena riportate – il bilancio dell’operazione non è del tutto negativo.

Infatti, la minaccia grandguignolesca della “ghigliottina” che si sarebbe di lì a poco abbattuta sulle disposizioni anteriori al 1970 ha spinto, come mai prima, tutte le branche dell’Amministrazione ad attivarsi per segnalare tutto quel che doveva rimanere in vigore; uno sforzo notevole, in grado d’innescare una serie virtuosa d’eventi che ha portato alla realizzazione del progetto *Normattiva*, la banca dati pubblica della legislazione vigente<sup>40</sup>. Uno strumento, questo, la cui perdurante mancanza era semplicemente vergognosa, così come era vergognosa la necessità di un (costoso) abbonamento per poter consultare la Gazzetta Ufficiale *on-line*<sup>41</sup>; anche il superamento di tale ultima barriera a partire dal 2013 è senz’altro da ricondurre alla stessa temperie.

Quindi, contraddicendo apparentemente le premesse, si potrebbe affermare che il modello semplificato di un ordinamento “bidimensionale” basato sulla (apparente) perfezione “matematica” del diritto positivo abbia funzionato; questo, però, nella misura in cui si tenga conto che si tratta di un’approssimazione, come tutti i modelli. Usati *cum grano salis*, i nuovi strumenti informatici, raffinati anche grazie al “taglia-leggi”, hanno migliorato e miglioreranno la vita quotidiana di tutti gli operatori del diritto, particolarmente nella fase applicativa di singole fattispecie.

Tuttavia, allorché si tratti di riflettere in profondità sulle questioni giuridiche, siano esse l’intero ordinamento o sue singole – anche ridottissime – parti, l’eterea veste del giurista-filosofo deve lasciare il posto, almeno per un po’, alla tuta da lavoro dello storico.

---

<sup>40</sup> Sull’attuazione della quale *cfr.* in part. DI PORTO, *Normattiva: una cronistoria*, in LUPO (a cura di), *Taglialeggi e Normattiva tra luci e ombre*, cit., 249 ss.

<sup>41</sup> Criticamente sul punto, CAPPELLETTI, *La banca dati Normattiva dall’e-legislation all’e-democracy*, in LUPO (a cura di), *Taglialeggi e Normattiva tra luci e ombre*, cit., 237 s.

## STORIA E DIRITTO IN ISRAELE. DALLE LEGGI FONDAMENTALI ALLA DEFINIZIONE DEL POPOLO ISRAELIANO

**Giammaria Milani**

*Dottorando in Istituzioni e diritto dell'economia nell'Università degli  
Studi di Siena*

*Lo studio del diritto non può prescindere da una solida conoscenza dei fenomeni storici. Questo è vero per tutti gli ordinamenti, anche se esistono delle esperienze dove il rapporto tra storia e diritto risulta particolarmente evidente: è il caso di Israele, uno Stato "giovane" con una storia di oltre duemila anni. Attraverso lo studio delle sue fonti, e in particolare di quelle che regolano la disciplina della cittadinanza e dell'immigrazione, si tenterà di mettere in luce l'importanza della conoscenza storica per l'analisi del diritto.*

*We cannot study the law without knowing the historical phenomena. This is true for all systems, although there are experiences where the relationship between history and law is particularly evident: it is the case of Israel, a "young" State with a history of over two thousand years. Through the study of its sources, and in particular those governing the discipline of Citizenship and Immigration, we will attempt to highlight the importance of historical knowledge for the analysis of the law.*

Sommario:

1. Introduzione
2. Popolo, storia e diritto
3. La storia e il popolo nelle norme fondamentali dell'ordinamento israeliano
4. Cittadinanza e immigrazione in Israele tra storia e diritto: la legge del ritorno
5. *(Segue)* La legge sulla cittadinanza
6. *(Segue)* La legge sull'ingresso in Israele
7. *(Segue)* La legge sulla cittadinanza e l'ingresso in Israele (provvedimento temporaneo)
8. Conclusioni

## 1. Introduzione

L'analisi dell'ordinamento israeliano non può prescindere dalla conoscenza degli eventi storici che hanno condizionato la fondazione e l'evoluzione dello Stato di Israele. Il legame tra storia e diritto in questo ordinamento è evidente già a partire dalle sue fonti principali: la Dichiarazione di indipendenza, ma anche le leggi fondamentali che costituiscono i capitoli della Costituzione, sono in diversi modi significativi della presenza di questo rapporto.

Certo, ciò non significa che il legame tra storia e diritto sia riscontrabile soltanto in questo caso. Esso si manifesta, con maggiore o minore evidenza, nelle fonti di un ordinamento giuridico; se si considera lo Stato come ordinamento giuridico principale dell'età moderna e contemporanea, sarà allora logico pensare che il rapporto tra storia e diritto mostrerà oggi una certa evidenza proprio in quelle fonti che disciplinano gli elementi fondamentali e necessari dello Stato stesso: il popolo, il territorio e la sovranità.

Nel corso di questo lavoro mi concentrerò soprattutto su uno di questi elementi, il popolo, e sulle regole che contribuiscono alla sua definizione: le leggi sulla cittadinanza e sull'immigrazione. Tenterò di dimostrare come siano evidenti, in questo ambito, le tre caratteristiche che possono connotare il rapporto tra storia e diritto: esso è un rapporto necessario, in quanto la conoscenza di uno non può prescindere da quella dell'altro; è un rapporto continuativo, nel senso che il condizionamento (reciproco) non si esaurisce nel momento genetico di un fenomeno giuridico ma perdura nel corso della sua esistenza; è, infine, un rapporto reciproco, perché se è vero che la storia influenza il diritto, è altrettanto vero il contrario.

Per dimostrare queste premesse di carattere generale l'analisi prenderà le mosse dallo studio delle fonti principali di Israele: le leggi fondamentali e la Dichiarazione di indipendenza. La parte centrale del lavoro sarà però dedicata alle leggi sulla cittadinanza e sull'immigrazione che, riprendendo e attuando alcune disposizioni contenute proprio nelle fonti principali dell'ordinamento, mettono in luce il rapporto tra storia e diritto attraverso la definizione del popolo di Israele.

## 2. Popolo, storia e diritto

Tentiamo in primo luogo di portare alla luce in che modo il rapporto tra storia e diritto emerge nella legislazione che definisce l'elemento "popolo", ovvero le leggi che regolano l'ingresso in uno Stato e quelle che disciplinano le modalità per ottenerne lo *status* di cittadino.

Uno dei punti di vista che si può adottare per evidenziare questo rapporto è la scelta compiuta dai diversi ordinamenti a proposito dei criteri da adottare in prevalenza per definire il diritto alla cittadinanza: si fa riferimento qui alle due macro-vie per l'acquisizione a titolo originario dello *status* in oggetto, quelle dello *ius sanguinis* e dello *ius soli*, la cui scelta è ricca di significati in riferimento a quanto scritto fino ad ora. Se infatti si ricordano i tre caratteri che all'inizio ho voluto attribuire al rapporto tra storia e diritto (necessarietà, continuità e reciprocità) si intuisce facilmente come la scelta di uno e dell'altro criterio per la definizione della cittadinanza di uno Stato soddisfi in qualche modo quei caratteri.

Il rapporto è necessario, perché è evidente il fatto che per capire la scelta del legislatore per uno o l'altro criterio non si può non partire da considerazioni di carattere storico relative al XIX secolo quando, all'uscita dalla rivoluzione francese che aveva messo fine dell'*Ancien régime*<sup>1</sup>, emerge la necessità di definire la cittadinanza e inizia la codificazione in materia: così si riconosce che la preferenza accordata da alcuni Paesi come gli Stati Uniti, il Canada e l'Australia al criterio dello *ius soli* sia dovuta al processo storico che ha portato alla formazione di questi Stati, che nascono a seguito di massicci flussi migratori e che quindi difficilmente avrebbero potuto adottare l'altro criterio<sup>2</sup>; lo *ius sanguinis* è stato invece preferito dalla maggioranza degli Stati europei che, dall'Ottocento e fino alla seconda guerra mondiale, sono stati Paesi di emigrazione e quindi hanno adottato

---

<sup>1</sup> Il concetto di cittadinanza, nato nell'Antica Grecia e sviluppatosi in epoca romana, viene ad eclissarsi nel corso del Medioevo per essere poi recuperato a seguito della rivoluzione francese, quando alla figura del suddito si sostituisce quella del cittadino. Vedi GRIMALDI, voce *Cittadinanza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988.

<sup>2</sup> Vedi WEIL, *Access to Citizenship: A Comparison of Twenty-Five Nationality Laws*, in ALEINIKOFF - KLUSMEYER (a cura di), *Citizenship Today. Global Perspectives and Practices*, Washington, 2001, 21-25.

prevalentemente quel criterio per mantenere un legame con la popolazione emigrata<sup>3</sup> e insieme consolidare il legame tra lo Stato e la Nazione che era stato proprio alla base della formazione degli Stati nazionali in Europa.

Il rapporto è reciproco, in quanto se è vero ciò che si è appena detto, che le scelte legislative sono state condizionate dai processi storici, è altrettanto vero il contrario, ovvero che anche la storia è stata condizionata dal diritto: negli Stati dove è stato scelto lo *ius sanguinis*, ad esempio, hanno conosciuto maggior fortuna e sostegno quei movimenti nazionalisti che esaltavano e difendevano (con le note degenerazioni) proprio la coincidenza ineluttabile tra Stato e Nazione; al contrario, gli Stati che hanno preferito il criterio dello *ius soli* hanno permesso il consolidamento di ingenti flussi migratori e la creazione di una cittadinanza tendenzialmente multiculturale<sup>4</sup>.

Il rapporto è continuativo, nel senso che la necessaria e reciproca influenza tra storia e diritto non si esaurisce nell'attimo della scelta legislativa, ma continua a produrre effetti nel corso del tempo: ciò è dimostrato, ad esempio, dalla convergenza tendenziale tra i due criteri<sup>5</sup> che porta i paesi a prevalenza di *ius soli* ad attuare politiche sempre più restrittive (è il caso dell'Australia, che nel 1986 ha ristretto le norme per l'acquisizione della cittadinanza introducendo il requisito per cui una persona nata sul territorio nazionale deve avere un genitore residente per ottenere la cittadinanza) e quelle di *ius sanguinis* a rendere meno difficile l'ingresso e l'ottenimento della cittadinanza (è quanto accaduto in molti Stati europei alla fine dello scorso secolo).

Un altro punto di vista che si può adottare per sottolineare l'esistenza di un legame tra storia e diritto nelle leggi che definiscono l'elemento "popolo" di uno Stato è quello della collocazione di queste leggi nella gerarchia delle fonti di un ordinamento. Scegliendo di non costituzionalizzare le norme in materia (spesso le costituzioni

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, 21-25.

<sup>4</sup> Su questi aspetti si veda HOWARD, *The Politics of Citizenship in Europe*, Cambridge, 2009, 120-121. MEDRANO - KOENIG, *Nationalism, Citizenship and Immigration in Social Science Research – Editorial Introduction*, in *International Journal of Multicultural Societies*, 2005, 82-89. BRUBAKER, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge (USA), 1992. A.D. SMITH, *National Identity*, Harmondsworth, 1991.

<sup>5</sup> Vedi ALEINIKOFF - KLUSMEYER, *Citizenship Policies for an Age of Migration*, Washington, 2002, 7.

contengono solo principi molto generali sul tema riservando alla legge la disciplina)<sup>6</sup> le regole sulla cittadinanza si trovano pienamente inserite in quel rapporto tra storia e diritto che altrimenti, cristallizzandosi, sarebbe in qualche modo venuto a complicarsi o comunque sarebbe risultato fortemente irrigidito<sup>7</sup>. Per fare solo alcuni esempi, la Costituzione italiana non disciplina in alcun modo le modalità per l'acquisto o la perdita della cittadinanza, facendo riferimento all'istituto solo all'articolo 117 nell'elenco nelle materie di esclusiva competenza dello Stato così come la Germania che lo include, all'articolo 73, tra le materie di esclusiva potestà legislativa federale; allo stesso modo la Francia con l'articolo 34 della Costituzione riserva alla legge la disciplina in materia e la Spagna fa lo stesso con l'articolo 11; leggermente più nel dettaglio entra invece la Costituzione americana che con il *XIV amendment, section 1*<sup>8</sup> sembra già riconoscere una preferenza per lo *ius soli*.

### **3. La storia e il popolo nelle norme fondamentali dell'ordinamento israeliano**

Dunque si è visto come un legame tra storia e diritto nelle leggi che definiscono il popolo di uno Stato esista e si possa cogliere da diversi punti di vista. Adesso passiamo ad applicare quanto premesso fin qui ad un ordinamento specifico, quello israeliano, che è di difficile analisi se, come si è detto all'inizio, non si adotta come punto di partenza una solida conoscenza delle vicende che hanno caratterizzato la storia dello Stato di Israele.

Del resto l'operazione è già resa difficile dal fatto che sarebbe sbagliato ritenere sufficiente conoscere i fatti che hanno

---

<sup>6</sup> E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza*, Padova, 1997, 246-260, parla a questo proposito di de-costituzionalizzazione delle norme sulla cittadinanza, un fenomeno iniziato dopo la Restaurazione che vede le Carte costituzionali adottate dettare solo le linee generali in materia di cittadinanza demandando la disciplina di dettaglio alla legge.

<sup>7</sup> Discorso valido, ovviamente, per gli ordinamenti che presentano Costituzioni rigide e di portata variabile proprio in relazione alla maggiore o minore rigidità del testo fondamentale.

<sup>8</sup> «All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside». *Constitution of The United States of America, XIV amendment*.

immediatamente preceduto la nascita dello Stato nel 1948, all'uscita dalla seconda guerra mondiale. Alcune delle leggi più importanti non sono infatti comprensibili se non spostiamo l'orizzonte della nostra conoscenza indietro nel tempo, andando a ritroso alla prima guerra mondiale, quando si rafforza la rete diplomatica che renderà possibile successivamente la fondazione di Israele, poi alla fine dell'Ottocento, quando il movimento sionista inizia a prendere corpo; ma si deve in realtà andare ancora all'indietro per capire lo spirito di alcune leggi (come la legge del ritorno, che avremo modo di esaminare meglio in seguito) e arrivare fino alla diaspora che due millenni orsono ha rotto il legame del popolo ebraico con la sua terra.

Se, dunque, come ha scritto Franco Belli, è «doveroso tentare di...recuperare il senso del lungo periodo all'indietro ed in avanti, per studiare il presente e magari per immaginare il futuro»<sup>9</sup>, l'analisi dell'ordinamento israeliano o di alcune sue parti può essere un utile esercizio in questo senso. Molti dei suoi istituti sono infatti il frutto di un processo lungo anche interi secoli.

Sebbene mi concentrerò in questo lavoro sulle leggi che definiscono il popolo di Israele, è utile brevemente soffermarsi ancora sul rapporto così stretto tra storia e diritto che nell'ordinamento israeliano emerge in maniera evidente fino dall'atto della sua fondazione.

La Dichiarazione di indipendenza del 14 maggio 1948 è infatti un documento profondamente intriso di storia: la prima parte della Dichiarazione ripercorre le tappe che poco sopra anche qui si sono ricordate, a partire proprio dalla diaspora, per proseguire con la nascita del movimento sionista nel 1897, le due guerre mondiali e i mesi che hanno preceduto la fondazione dello Stato. Sebbene lo *status* giuridico da attribuire al documento sia stato oggetto fin dalla sua approvazione di un acceso e complesso dibattito a causa della sua natura in gran parte soltanto dichiarativa e non normativa è innegabile che esso, in particolare a partire dalla cosiddetta "rivoluzione costituzionale" vissuta da Israele a partire dagli anni Novanta, si sia lentamente fatto spazio all'interno delle fonti del diritto costituzionale israeliano.

Il suo cammino in questa direzione è stato favorito inizialmente dalla giurisprudenza della Corte suprema, che più volte ha utilizzato la

---

<sup>9</sup> F. BELLI, *Corso di Legislazione Bancaria*, Pisa, 2010.

Dichiarazione di indipendenza a fini interpretativi<sup>10</sup>. Sempre la Corte ha riconosciuto con le parole del giudice Barak la posizione fondamentale della Dichiarazione all'interno del sistema delle fonti dell'ordinamento israeliano ammettendo che essa, pur non facendo parte del diritto positivo dello Stato di Israele, ne costituisce la base, è insomma la *Grundnorme* dell'ordinamento giuridico israeliano<sup>11</sup>.

Lo stesso legislatore ha in un secondo momento consolidato la posizione della Dichiarazione di indipendenza all'interno delle fonti costituzionali; lo ha fatto a partire dal 1992, quando ha introdotto un esplicito riferimento alla Dichiarazione di Indipendenza negli articoli iniziali delle leggi fondamentali sulla libertà di occupazione e sulla libertà e dignità dell'uomo<sup>12</sup> che insieme costituiscono una sorta di *bill of rights* di Israele<sup>13</sup>.

Sarebbe a mio parere peraltro giusto includere la Dichiarazione di indipendenza all'interno delle fonti costituzionali dello Stato di Israele: la Risoluzione Harari ha aperto la strada ad una formazione a tappe della Costituzione stabilendo che questa sarebbe stata formata dalle leggi fondamentali approvate dalla *Knesset*<sup>14</sup>; se consideriamo dunque

<sup>10</sup> In *Rufaizen v. Ministro dell'Interno* (1962) il testo è stato utilizzato per spiegare l'utilizzo del termine ebreo nella *Law of Return*; in *Yardor v. Commissione elettorale centrale per la sesta Knesset* (1965) e *Nayman v. Commissione elettorale centrale per l'undicesima Knesset* (1984), i casi interpretati alla luce della dichiarazione hanno riguardato l'iscrizione delle liste di candidati alle elezioni.

<sup>11</sup> RABELLO, *Costituzione e fonti del diritto*, in GROPPI - OTTOLENGHI - RABELLO (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Torino, 2006, 32.

<sup>12</sup> «I diritti fondamentali dell'uomo in Israele sono fondati sul riconoscimento del valore dell'esistenza umana, della sacralità della sua vita, e del principio che tutte le persone sono libere; questi diritti devono essere interpretati alla luce dei principi espressi nella Dichiarazione di Indipendenza dello Stato di Israele». *Legge fondamentale sulla Dignità e libertà dell'uomo* (1992), art. 1 e *Legge fondamentale sulla Libertà di Occupazione* (1992), art. 1.

<sup>13</sup> Così ad esempio NAVOT, *Constitutional Law of Israel*, Alphen aan den Rijn, 2007, 198.

<sup>14</sup> «La Prima *Knesset* affida alla Commissione Costituzionale, Legislativa e Giudiziaria il compito di preparare un progetto di Costituzione per lo Stato. La Costituzione dovrà essere composta da capitoli individuali, in maniera che ognuno di questi costituisca una Legge Fondamentale di per sé. I capitoli individuali dovranno essere portati davanti alla *Knesset* quando la Commissione avrà completato il suo lavoro e i capitoli insieme formeranno la Costituzione dello Stato». *Risoluzione Harari* (1950).



queste leggi come capitoli della Costituzione di Israele, la Dichiarazione di indipendenza ne sarebbe invece l'ideale preambolo<sup>15</sup>.

La stessa scelta, operata dalla prima *Knesset* con la Risoluzione Harari, di rinunciare alla formazione di un unico testo costituzionale per diluire la creazione della Costituzione nel tempo è significativa del rapporto tra storia e diritto che in Israele emerge con forza a partire proprio dalle sue leggi fondamentali. Una delle motivazioni più forti di questa decisione è proprio di carattere storico; essa si basava sulla considerazione del fatto che Israele si apriva da quel momento – era il 1950 – al ritorno degli ebrei della diaspora e che quindi gli ebrei presenti sul territorio di Israele erano da considerarsi una minoranza; era da ritenersi non corretto stabilire norme che avrebbero vincolato una futura maggioranza<sup>16</sup>.

A questo punto è doveroso sottolineare un altro aspetto importante per quanto riguarda il presente lavoro; il rapporto tra storia e diritto non solo è evidente già a partire dalle fonti principali dell'ordinamento israeliano, ma questo rapporto passa, anche in queste fonti, attraverso la definizione del popolo di Israele. Così, come si è appena visto, storia e diritto si intersecano nella scelta di procedere alla costituzionalizzazione a tappe (anche) in attesa della definizione del popolo israeliano. Allo stesso modo, nella Dichiarazione di indipendenza non solo è evidente il rapporto tra storia e diritto, ma

---

<sup>15</sup> Questo non risolverebbe ulteriori problemi circa il significato da attribuire a questi preamboli, elemento che divide la dottrina tra chi li considera atti dal valore unicamente politico e chi invece gli attribuisce forza giuridica come parti della Costituzione a tutti gli effetti. Per un approfondimento sul tema si veda J.O. FROSINI, *Constitutional preambles. At a Crossroads between Politics and Law*, Santarcangelo di Romagna, 2012. NAVOT, *Constitutional Law of Israel*, cit., 319-375, almeno indirettamente, sembra avvalorare questa tesi inserendo nell'appendice del suo manuale di diritto costituzionale di Israele dedicata alle fonti del diritto costituzionale (*Text of the Constitution*) proprio la Dichiarazione di Indipendenza.

<sup>16</sup> La traduzione in inglese di un discorso dell'allora Primo ministro David Ben Gurion si trova in RUBINSTEIN, *Israel's Partial Constitution: The Basic Laws*, in *Jewish Virtual Library*, 2009: «Our state is being recreated every day. Every day, additional Jews liberate themselves by immigrating to our country; every day, additional parts of our country are liberated from their *status* as wasteland. This dynamism cannot tolerate a rigid framework and artificial constraints. The laws of Israel must adapt themselves to this dynamic development». Vedi anche MANDEL, *Democracy and the New Constitutionalism in Israel*, in *Israel Law Review*, 1999, 264; RABELLO, Costituzione e fonti del diritto, in GROPPI - OTTOLENGHI - RABELLO (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, cit., 22-23.

questo rapporto è dato in primo luogo dalle importanti disposizioni riguardanti l'immigrazione e la cittadinanza. Già la prima parte della Dichiarazione, che come detto poco sopra ripercorre le tappe storiche fondamentali del popolo ebraico, è di fatto una storia dei movimenti migratori che lo hanno interessato e serve così da premessa a uno dei passaggi più importanti di questo documento che si trova nella sua parte centrale: «Lo Stato d'Israele sarà aperto per l'immigrazione ebraica (*aliah*) e per la riunione degli esuli». Proprio questa affermazione, collocata tra quelle dotate secondo la dottrina di un certo valore giuridico, sarà la base di tutta la successiva legislazione di Israele in materia di immigrazione e cittadinanza, temi connessi da un legame assai forte in questo Stato.

Una legislazione, questa, che sarà disegnata dalla *Knesset* nel giro di due anni e che seguirà attentamente le tracce lasciate dalla Dichiarazione di indipendenza. Come tutti gli stati nazionali, anche Israele al momento della sua fondazione ha dovuto definire i contorni del suo popolo, i confini del popolo israeliano. Lo Stato di Israele nasce peraltro, con tutte le sue particolarità, sotto la spinta di un movimento nazionalista; il sionismo, da molti considerato proprio un'appendice dei movimenti nazionalisti del XIX secolo, fa sue alcune concezioni di questi movimenti come la riconducibilità del diritto alla storia, specialmente in quelle leggi che ne devono marcare l'aspetto forse più importante come la definizione della nazione<sup>17</sup>.

#### **4. Cittadinanza e immigrazione in Israele tra storia e diritto: la legge del ritorno**

Sono quattro le leggi (quella del ritorno, quella sulla cittadinanza, quella sull'ingresso in Israele e il provvedimento temporaneo sulla cittadinanza e sull'ingresso in Israele) che adesso analizzeremo nel dettaglio per cercare di mettere ancora in luce quel legame tra storia e

---

<sup>17</sup> Vedi per esempio FASSÒ, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Bologna, 1988, che parla di storicismo (giuridico) per indicare quella tendenza, sviluppatasi in età Romantica, a riconoscere alla storia una posizione centrale nella formazione di una Nazione, trovandosi nel passato la spiegazione del presente e le vie da seguire in futuro.

diritto positivo che è lo scopo di questo lavoro e che, si anticipa, è evidente in diversi passaggi.

Iniziamo dalla legge del ritorno: essa disegna una sorta di via preferenziale per l'ingresso degli ebrei nello Stato di Israele e l'ottenimento della cittadinanza israeliana.

Tralasciando qui gli aspetti più controversi di questa legge, in larga parte basati sull'incerto carattere da attribuire al significato del termine "ebreo"<sup>18</sup> possiamo rapidamente passare a quello che è il proposito di questo lavoro. I riferimenti storici nel testo sono evidenti e già anticipati dal titolo della legge: con l'utilizzo della parola "ritorno" in luogo di "immigrazione" il legislatore ha voluto agganciare la disciplina in materia a ragioni di ordine storico. La parola "ritorno" presuppone infatti una dimensione passata, il ritorno è un movimento dal fuori verso il dentro che di fatto si può realizzare solo successivamente ad un movimento contrario, dal dentro verso il fuori, che il popolo ebraico ha vissuto con la diaspora; al contrario la parola "immigrazione" può ben prescindere dalla dimensione passata, in quanto ciò che rileva è solamente l'atto, la volontà di compiere il movimento migratorio e non il suo retroterra storico.

La legge del ritorno si pone quindi in linea di rigorosa continuità con quanto affermato dalla Dichiarazione di indipendenza e, oltre a ribadirne espressamente lo scopo, quello di favorire l'immigrazione ebraica, ne riprende implicitamente le motivazioni storiche che si trovano nel documento fondativo dello Stato.

Anche nel testo della legge il legame è a più riprese sottolineato: ad esempio l'articolo 1 sancisce il diritto di ogni ebreo a «salire nella Terra di Israele», espressione ricca di riferimenti che vanno oltre l'aspetto tecnico-demografico che una legge di questo tipo dovrebbe avere (o

---

<sup>18</sup> In origine la legge non specifica il significato da attribuire alla parola "ebreo". Solo nel 1970, a seguito di due sentenze della Corte Suprema di Israele (*Rufeisen v. Ministro degli Interni* (1962) e *Shalit v. Ministro degli Interni* (1968)) che utilizzarono il termine in una connotazione culturale-nazionale piuttosto che religiosa, la *Knesset*, trainata dai partiti religiosi, intervenne aggiungendo l'articolo 4B: «Ai sensi di questa legge, "ebreo" significa una persona nata da madre ebrea, oppure convertita all'ebraismo e che non è membro di un'altra religione». Tuttavia con questo emendamento la *Knesset* lasciava in parte irrisolto il problema, perché mancando un riferimento all'*Halakhah* (il diritto ebraico codificato che regola, tra l'altro, le modalità di conversione) persisteva l'incertezza sulla validità delle conversioni nelle comunità non ortodosse. Vedi sul punto NAVOT, *Constitutional Law of Israel*, cit., 189-190.

almeno solitamente ha) per preferirne altri di natura storica, oltre che religiosa e politica<sup>19</sup>; l'articolo 4, inoltre, considerando tutti gli ebrei, anche quelli che sono nati in Israele o quelli che nasceranno in futuro, come *oleh* a prescindere dall'effettivo compimento della *aliah*<sup>20</sup>, ancora una volta può essere letto con un'ottica storica di lungo periodo, anzi lunghissimo, come il tentativo di chiudere un cerchio aperto secoli fa con l'esilio del popolo ebraico da *Eretz Israel*<sup>21</sup>.

L'allora ex Primo ministro del governo di Israele, David Ben-Gurion, non manca di rimarcare questi aspetti quando, nel 1950, presenta alla *Knesset* il disegno di legge: il diritto del popolo ebraico di stabilirsi nello Stato di Israele è un "diritto storico", che precede lo Stato e che trova appunto il suo fondamento negli avvenimenti che hanno segnato la storia di questo popolo<sup>22</sup>.

Anche la dottrina ha sottolineato il legame tra storia e diritto che emerge in questo testo; diversi autori hanno analizzato la legge del ritorno proprio sulla base di considerazioni di ordine storico. Secondo Daphne Barak-Erez, Israele in questa concezione è una creazione salvifica, l'occasione per la fine di una persecuzione millenaria che ha colpito il popolo ebraico nel corso di tutta la sua storia e che si è

---

<sup>19</sup> ERNST, *The meaning and liberal justifications of Israel's Law of Return*, in *Israel Law Review*, 2009, 574-577, ad esempio propone una traduzione (dall'ebraico all'inglese) diversa da quella ufficiale e secondo lui più fedele, per rendere meglio questo aspetto presente nell'articolo 1 della Legge del Ritorno: «Every Jew has the right to ascend in the Land of Israel» in luogo di «Every Jew has the right to come to this country as an *oleh*».

<sup>20</sup> «Aliyah means immigration of Jews, and *oleh* (plural: *olim*) means a Jew immigrating, into Israel». *Legge del Ritorno (1950)*, nota del traduttore.

<sup>21</sup> L'articolo è stato molto criticato perché secondo alcuni di fatto con questa disposizione il legislatore non si è limitato a creare una via preferenziale all'immigrazione degli ebrei rispetto ai non ebrei, ma ha fatto in modo che si creasse una "gerarchia delle cittadinanze". Vedi WEISS, *The Golem and Its Creator, or How the Jewish Nation-State became Multi-Ethnic*, in LEVY - WEISS (a cura di), *Challenging Ethnic Citizenship: German and Israeli Perspectives on immigration*, New York, 2002, 82-89. Vedi anche LUSTICK, *Israel as a Non-Arab State: the political implication of Mass Immigration of Non-Jews*, in *Middle East Journal*, 1999, 27.

<sup>22</sup> La traduzione in inglese del discorso tenuto dall'allora Primo ministro israeliano David Ben Gurion si trova in DAVIS, *Apartheid Israel: possibilities for the struggle within*, London, 2003, 203: "The Law of Return differs from immigration laws which determine the conditions under which the state will accept immigrants...The Law of Return has nothing to do with immigration laws. It is the law of perpetuity of Jewish history".

svilupata in maniera ancora più tragica negli anni dell'Olocausto<sup>23</sup>. Yfaat Weiss afferma invece che il diritto al ritorno possa essere considerato come diritto all'asilo<sup>24</sup>. Dan Ernst torna invece su un orizzonte di lungo periodo affermando che l'aspirazione al ritorno in Israele è un obiettivo fondamentale per il popolo ebraico per chiudere un ciclo lungo duemila anni.<sup>25</sup>

Fin qui si è parlato, in qualche modo, della necessarietà del vincolo tra storia e diritto presente nella legge del ritorno, ovvero dell'impossibilità di analizzare questa legge al netto delle fondamentali considerazioni storiche che ne sono alla base. La legge presenta però anche aspetti riconducibili agli altri caratteri che al legame tra storia e diritto si sono voluti attribuire nell'introduzione di questo lavoro, la continuità e la reciprocità, ed è soprattutto il secondo ad emergere qui con forza. In questo senso può essere criticata l'opinione di chi, come ad esempio ancora Dan Ernst, afferma che una delle motivazioni della legge del ritorno derivi dal fatto che essa permette una serie di vantaggi, di ordine religioso, politico e comunitario, che possono essere goduti solo da un ebreo che si stabilisce in Israele<sup>26</sup>. In realtà qui si sembra che si sia proceduto con un capovolgimento di ciò che è la conseguenza della legge del ritorno con ciò che ne è la causa. Infatti garantire agli ebrei una via preferenziale per la loro immigrazione verso Israele ha finito per trasformarlo in uno stato uni-nazionale dove il potere politico ed economico è esclusivamente in mano alla parte ebraica della cittadinanza; questo nonostante gli arabi cittadini di

---

<sup>23</sup> BARAK-EREZ, *Israel: Citizenship and immigration law in the vise of security, nationality, and human rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, 185.

<sup>24</sup> WEISS, *The Golem and Its Creator, or How the Jewish Nation-State became Multi-Ethnic* in LEVY - WEISS (a cura di), *Challenging Ethnic Citizenship: German and Israeli Perspectives on immigration*, cit., 101.

<sup>25</sup> ERNST, *The meaning and liberal justifications of Israel's Law of Return*, cit., 596-597.

<sup>26</sup> Un vantaggio di tipo religioso, dato tra le altre cose dal fatto che vivere in Israele facilita l'osservazione dei vari comandamenti come ad esempio salire tre volte all'anno verso Gerusalemme; un vantaggio di tipo politico, dovuto alla condizione degli ebrei in Israele come parte di uno Stato nazionale, situazione irraggiungibile in altri Stati del mondo dove sarebbero dipendenti dalla grazia di un sovrano politico che non li rappresenta; un vantaggio di tipo comunitario, garantito dalla sensazione di vivere in un gruppo di persone che non condivide solo il presente, ma anche il passato e il futuro. *Ibidem*, 592-593.

questo Stato siano di poco inferiori al 20% della popolazione; se quindi una politica migratoria del genere non fosse stata attuata, probabilmente la normale evoluzione dei movimenti migratori e della crescita demografica avrebbe rafforzato la parte araba dello Stato e sarebbe stato possibile anche per loro un completo godimento dei vantaggi che derivano dal vivere in uno Stato dove si è rappresentati politicamente, economicamente e socialmente e dove si condivide passato, presente e futuro come parte di una comunità. È dunque evidente il carattere di reciprocità di cui si è parlato sopra dal momento che non si può non sottolineare come la legge del ritorno (il diritto) abbia fortemente influenzato le dinamiche demografiche (la storia) dello Stato di Israele.

##### **5. (*Segue*) La legge sulla cittadinanza**

Due anni dopo l'approvazione della legge del ritorno, un altro tassello al quadro della disciplina in materia è posto dalla *Knesset* con la legge sulla cittadinanza. Approvata nel 1952, questa legge elenca e regola le modalità per diventare (prima parte) e cessare di essere (seconda parte) cittadini di Israele. Rapidamente si può qui ricordare che le vie per l'ottenimento della cittadinanza di questo Stato sono il ritorno, la residenza, la nascita, la naturalizzazione e la concessione; quelli per la perdita dello *status* sono la rinuncia e la revoca.

Tralasciando anche qui quelli che sono gli aspetti più critici di questa legge<sup>27</sup>, in parte corretti con numerosi emendamenti tra cui quello più significativo è senza dubbio il numero 4 del 1980, si può passare ad analizzare il forte legame che anche in questo testo si può cogliere tra processo storico e procedimento legislativo. Certo cambia l'orizzonte storico di riferimento; se nella legge del ritorno l'ottica era, come detto, di lunghissimo periodo arrivando fino ai tempi della diaspora, la legge sulla cittadinanza deve necessariamente limitarsi

---

<sup>27</sup> L'aspetto più problematico della Legge è che essa, insieme a quella del Ritorno, disegna vie estremamente diverse per l'ottenimento della cittadinanza tra ebrei e non-ebrei, ben potendosi realizzare il paradosso che l'ingresso nello Stato e l'ottenimento della cittadinanza sono garantiti per ebrei che non hanno mai visto Israele, mentre ciò è impedito, ad esempio, agli arabi che in Israele sono nati e che sono scappati nel periodo del primo conflitto Arabo-Israeliano. Su questo tema vedi SHMIDT, *Foundation of Civil and Political Rights in Israel and the Occupied Territories*, Vienna, 2001, 246.

(salvo, ovviamente, il richiamo alla modalità di acquisizione della cittadinanza per ritorno) alla fase statutale di Israele che ha preso il via al termine del periodo mandatario britannico.

La parte della legge dedicata all'acquisizione della cittadinanza per ritorno completa il quadro disegnato dalla precedente e quindi sarebbe qui inutile aggiungere altro; più interessante è invece analizzare gli altri modi disposti dalla legge per diventare cittadini di Israele, in particolare l'ottenimento della cittadinanza per residenza.

Il percorso di questa legge è fortemente influenzato dall'evoluzione del conflitto arabo-israeliano. Così è nel 1952, anno di approvazione della legge sulla cittadinanza; all'uscita del primo conflitto tra arabi e israeliani (1948-49) con l'articolo 2 si condiziona infatti la possibilità di ottenere la cittadinanza israeliana per residenza alla permanenza nel territorio israeliano durante quel conflitto; viene così impedito a migliaia di profughi arabi<sup>28</sup> di ottenere la cittadinanza di quello Stato il cui territorio avevano abbandonato per sfuggire a quel primo conflitto<sup>29</sup>. Occorre fare riferimento sempre alla storia per comprendere le scelte successive della *Knesset* per quanto riguarda l'ottenimento della cittadinanza per residenza; nel 1980, a due anni dagli accordi di Camp David (1978) e nello stesso anno della restituzione del Sinai all'Egitto<sup>30</sup>, con l'emendamento numero 4 alla legge sulla cittadinanza viene da un lato ampliato il numero di soggetti che possono chiedere l'ottenimento della cittadinanza israeliana per residenza<sup>31</sup>, dall'altro ribadito l'impegno di Israele per la sopravvivenza e la sua cronica paura per l'accerchiamento (nel 1980 Israele ha già affrontato quattro guerre contro i paesi arabi confinanti) attraverso il divieto che continua a persistere per alcune persone di ottenere la cittadinanza israeliana per questa via: coloro che, consapevolmente e illegalmente, hanno lasciato

---

<sup>28</sup> Alcune stime parlano di circa 700mila profughi alla fine del primo conflitto (1948-49), saliti a 1,4 milioni alla fine della guerra dei sei giorni (1967). Dati di DELLA PERGOLA, *Israele e Palestina: La Forza dei Numeri. Il conflitto mediorientale tra demografia e politica*, Bologna, 2007, 84.

<sup>29</sup> Inizialmente la legge sulla cittadinanza prevede come requisiti per l'ottenimento dello *status* la registrazione al 1° aprile 1952 ai sensi dell'ordinanza di registrazione degli abitanti (1949), il domicilio in Israele alla data di entrata in vigore della legge e la presenza in Israele dall'Indipendenza dello Stato all'entrata in vigore della legge.

<sup>30</sup> Occupato a seguito della guerra dei sei giorni (1967) da Israele, che riuscì a conservarne il controllo anche in seguito alla guerra dello *Yom Kippur* (1973).

<sup>31</sup> Non viene più richiesta la permanenza in Israele nel periodo tra l'Indipendenza dello Stato e l'entrata in vigore della Legge.

Israele per il Libano, la Siria, l'Egitto, la Giordania, l'Arabia Saudita, l'Iraq, lo Yemen o altre parti di *Eretz Israel* al di fuori di Israele.

Anche l'acquisizione della cittadinanza per nascita ha seguito una simile evoluzione; è ancora l'emendamento 4 del 1980 a modificare l'articolo 3 della legge sulla cittadinanza introducendo, seppure in maniera prudente, un'apertura verso i soggetti non ebrei che volevano ottenere la cittadinanza di Israele. Tale emendamento ha avuto principalmente due effetti: da una parte ha interrotto la natura perpetua del principio dello *jus sanguinis* per le persone nate fuori da Israele, disponendo che esse discendano da padre o madre cittadini di Israele che non siano tali per nascita fuori da Israele<sup>32</sup>; dall'altra ha contribuito ad un utilizzo standard dello *jus sanguinis*, divenuto prevalente quantitativamente nei confronti della modalità di acquisizione della cittadinanza per ritorno<sup>33</sup>. In un momento di relativa distensione, dunque, questo emendamento contribuisce a creare una sorta di parificazione tra i figli dei cittadini arabi e dei cittadini ebrei.

Emerge dunque in tutta chiarezza qui l'articolata composizione del rapporto tra storia e diritto che in questo lavoro si sta cercando di mettere in luce in relazione alla legislazione in materia di cittadinanza e di immigrazione: se nella legge del ritorno, oltre alla necessità del vincolo, ad affiorare era soprattutto la sua reciprocità, la legge sulla cittadinanza è esempio lampante della sua continuità, ovvero del modo in cui il rapporto non venga a cessare nel momento di creazione della legge, cristallizzandosi, ma sia sempre pronto a rinnovarsi affinché il processo storico contribuisca a formare e plasmare il nuovo diritto. La stessa procedura di naturalizzazione, l'altra via principale per l'ottenimento della cittadinanza israeliana, regolata dall'articolo 5 della legge sulla cittadinanza, è ampiamente inserita in quel rapporto; cercheremo di dimostrarlo analizzando la legge sull'ingresso di Israele.

---

<sup>32</sup> NAVOT, *Constitutional Law of Israel*, cit., 195.

<sup>33</sup> Vedi SHACHAR, *Citizenship and Membership in the Israeli Polity*, in KLUSMEYER - ALEINIKOFF (a cura di), *From migrants to citizen: membership in a changing world*, Washington, 2000, 408: «The citizenship Law now gives precedent to the principle of citizenship by birthright over the legal fiction of granting citizenship to children born in Israel based on the right to return. This change is significant because it “normalizes” the pattern acquiring Israeli citizenship and because it provides a universal definition of birthright entitlement to Israeli citizenship that is devoid of any religious-based distinction».



## 6. (*Segue*) La legge sull'ingresso in Israele

Sempre nel 1952, qualche mese dopo l'approvazione della legge sulla cittadinanza, la *Knesset* completa il quadro in materia regolando le modalità di ingresso nel territorio dello Stato. La legge sull'ingresso in Israele disciplina, oltre alle modalità di entrata, le tipologie di certificato di residenza, lasciando ampia libertà di manovra al Ministro degli interni che può stabilire condizioni per l'acquisizione dei visti ed escludere intere categorie di persone da questa possibilità.

Le diverse modalità di ingresso sono elencate all'articolo 2 della legge. Esso prevede la possibilità, per il Ministro degli interni, di concedere un visto o permesso di residenza transitoria di massimo cinque giorni, un visto o permesso di residenza per visitatori di massimo tre mesi, un visto o permesso di residenza temporanea di massimo tre anni, un visto e permesso di residenza permanente. Quest'ultimo certificato è richiesto per l'ottenimento della cittadinanza israeliana per naturalizzazione.

Se una certa discrezionalità in materia di immigrazione è abitualmente riconosciuta ai governi negli ordinamenti democratici, la legge è stata fortemente avversata perché essa, in combinato con le due leggi che in precedenza si sono analizzate, è stata utilizzata nel tentativo di mantenere in Israele una maggioranza ebraica a danno di una minoranza araba che, seppur consistente, non è mai riuscita a consolidarsi tanto da poter svolgere un ruolo attivo nella vita politica israeliana. In questo si può leggere ancora una volta il rapporto forte tra la storia e diritto nelle leggi che definiscono il popolo di Israele, in quanto sono molti a riconoscere una stretta correlazione tra le modalità di applicazione di questa legge e i processi storici conosciuti da Israele in questi primi sessantacinque anni di storia<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Vedi ERNST, *The meaning and liberal justifications of Israel's Law of Return*, cit., 576: «Even though legislative instruments do not explicitly bar Arabs from immigrating to Israel, there are various analyses of the history of their implementation that conclude that they have been used for preserving a Jewish majority within the State of Israel».

## 7. (*Segue*) La legge sulla cittadinanza e l'ingresso in Israele (provvedimento temporaneo)

Chiude questo breve *excursus* di legislazione israeliana in materia di cittadinanza e immigrazione un'ultima legge, approvata questa volta negli anni duemila, che vale la pena brevemente illustrare per completare questo lavoro. La legge sulla cittadinanza e sull'ingresso in Israele (ordine temporaneo) è un testo adottato dalla *Knesset* nel 2003 e più volte prorogato<sup>35</sup> che consente al Ministro degli interni di derogare alle leggi sulla cittadinanza e sull'ingresso in Israele e di negare discrezionalmente la possibilità di entrare nello Stato e di ottenerne la cittadinanza. Ancora una volta non si può fare a meno di osservare le disposizioni di questa legge con il filtro degli accadimenti storici che ne costituiscono la necessaria legenda; e anche questa volta il rapporto tra storia e diritto si compone delle diverse dimensioni che all'inizio di questo lavoro si sono esplicitate.

È indubbiamente vero che la legge arriva in un momento di alta tensione tra Israele e Palestina, all'uscita dalla seconda *intifada*, e che quindi le decisioni prese dal legislatore sono state condizionate dagli avvenimenti storici e dalla conseguente necessità di serrare i confini dello Stato strozzando così la possibilità di farvi ingresso (eccezion fatta ovviamente per gli ebrei)<sup>36</sup>; molti però hanno letto nella guerriglia dei primi anni Duemila solo il pretesto per approvare una Legge già pronta da tempo<sup>37</sup> per fermare la rapida crescita demografica della componente araba nello Stato di Israele, crescita che potrebbe

---

<sup>35</sup> Secondo l'articolo 5 di questa Legge le disposizioni ivi contenute restavano in vigore per un anno salva la possibilità, per la *Knesset*, di prorogarne la validità per periodi comunque non superiori ad un anno per volta.

<sup>36</sup> La Legge è stata votata dal Parlamento israeliano per porre un freno agli attacchi terroristici che seguirono la seconda *intifada* e che videro protagonisti i palestinesi dei territori occupati. Vedi BARAK-EREZ, *Israel: Citizenship and immigration law in the vise of security, nationality, and human rights*, cit., 185.

<sup>37</sup> Così ad esempio ROUHANA - SULTANY, *Redrawing the Boundaries of Citizenship: Israel's New Hegemony*, in *Journal of Palestine Studies*, 2003, 18: «The media reported that the law was passed in response to a suicide bombing in Haifa by a Palestinian whose father had been given resident *status* following his marriage to an Israeli citizen. Yishai's January 2002 directive, however, makes it clear that the legislation grew out of a preplanned policy».

comprometterne il carattere ebraico sancito dalla Dichiarazione di indipendenza<sup>58</sup>.

Di nuovo ci accorgiamo dunque come la storia condizioni il diritto ma anche come il diritto sia in grado a sua volta di plasmare la storia (o quantomeno sia utilizzato in quest'ottica), in un rapporto di inarrestabile e continua interazione.

## 8. Conclusioni

Attraverso lo studio della legislazione in materia di cittadinanza e di immigrazione in Israele si è tentato in questo lavoro di mettere in evidenza in primo luogo la necessità della conoscenza storica per l'analisi del diritto positivo per recuperare un senso di lungo periodo indispensabile non solo (e non tanto) per capire il passato ma soprattutto per comprendere la realtà giuridica presente e futura.

Probabilmente il caso di Israele è stato particolarmente esemplificativo in tal senso per la storia che lo caratterizza e che permette di porre l'orizzonte non nel lungo periodo, ma in un periodo lunghissimo, venti secoli in cui il popolo si è geograficamente diviso per poi riunirsi a partire dalla fine dell'Ottocento e con maggiore forza dal 1948 con la fondazione dello Stato, che tra i suoi primi compiti si è posto proprio quello di definire il suo elemento "popolo". Una storia che, si è detto, in Israele trova spazio nel diritto già a partire dai suoi documenti fondamentali e che rende quindi quanto mai esplicito il rapporto tra queste due dimensioni, quella storica e quella giuridica; il fatto che in altri ordinamenti questo legame non sia espresso con la stessa evidenza non deve però far pensare che esso venga meno e la sua individuazione deve essere sempre presa come punto di partenza per un'analisi approfondita di singoli istituti come di interi ordinamenti.

---

<sup>58</sup> Vedi NIKFAR, *Families Divided: An Analysis of Israel's Citizenship and Entry into Israel Law*, in *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 2005, 4: «The true aim of the law is to reduce the number of Palestinians living in Israel. Arabs make up approximately one million of Israel's overall population of six million, and many Israelis fear that a mass Arab immigration could vote the Jewish state out of existence».

## **RAGIONI STORICHE E PERDURANTI DUBBI CIRCA LA FONDATEZZA DI ALCUNI CASI DI ESCLUSIONE DA FALLIMENTO E CONCORDATO PREVENTIVO\***

**Leonardo Gianì**

*Assegnista di ricerca in Diritto commerciale nell'Università di Firenze*

*Gli interventi di riforma che hanno investito la normativa in materia di crisi d'impresa hanno mantenuto l'esclusione di alcuni soggetti da fallimento e concordato preventivo. In questo lavoro viene vagliata la fondatezza dell'esclusione degli imprenditori agricoli e di quelli di modeste dimensioni. L'analisi viene svolta considerando le origini storiche di tali esclusioni e le opinioni critiche della dottrina. Nel fare ciò, il lavoro tiene conto anche della recente introduzione di una disciplina specifica relativa alla composizione delle crisi da sovraindebitamento, che è dedicata, inter alia, proprio alle due categorie di soggetti sopra menzionate.*

*The reforms of the legislation on corporate insolvency have kept certain entrepreneurs away from bankruptcy. This paper examines the validity of the exclusion of farmers and of small entrepreneurs. The analysis is carried out considering the historical origins of these exclusions and critical views of the academia. In doing so, the paper also takes into account the recent introduction of specific rules for the composition of the crisis, which are precisely dedicated, inter alia, to the two categories mentioned above.*

---

\* Il presente articolo è stato presentato alla IV edizione del Workshop per Giovani Ricercatori, che si è tenuto all'Università di Siena il 17 maggio 2013. Nei mesi successivi a tale evento sono state apportate ulteriori modifiche alla legge fallimentare che, evidentemente, non potevano essere considerate durante la stesura del presente lavoro (d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98). Queste modifiche, tuttavia, non pare che impongano di effettuare valutazioni diverse rispetto a quelle svolte. Per i preziosi suggerimenti ed i commenti alle bozze del presente lavoro, l'autore desidera ringraziare il Dr. Tommaso Ariani, il Dr. Pier Lorenzo Parenti, il Prof. Lorenzo Stanghellini e il Dr. Andrea Zorzi. Un ringraziamento particolare alla Dr. Serena Meucci, sia per i suoi commenti che per aver accettato di fare da discussant di questo articolo al suddetto Workshop. Ogni responsabilità per eventuali errori resta esclusivamente a carico dell'autore.

## LEONARDO GIANI

### Sommario:

1. Premessa e delimitazione del campo di indagine
2. Storia dell'esclusione da fallimento e concordato di imprenditori agricoli e piccoli
3. Critiche all'esclusione da fallimento e concordato di imprenditori agricoli e piccoli
4. Riflessioni circa il nuovo trattamento della crisi di imprenditori agricoli e piccoli
5. Conclusioni

## 1. Premessa e delimitazione del campo di indagine

Negli ultimi anni, dal marzo 2005<sup>1</sup> al dicembre 2012<sup>2</sup>, sono stati emanati numerosi atti legislativi che hanno significativamente modificato, per non dire rivoluzionato, l'impostazione della legge fallimentare e, più in generale, della disciplina in materia di crisi di impresa.

Originariamente la legge fallimentare del 1942 prevedeva che fossero soggetti al fallimento e al concordato preventivo gli imprenditori commerciali, con esclusione esplicita degli enti pubblici e dei piccoli imprenditori e con esclusione implicita degli imprenditori agricoli, dei consumatori e di tutti gli altri soggetti non rientranti nella definizione di imprenditore commerciale (per esempio i professionisti o le associazioni e le fondazioni che non esercitano attività di impresa).

A seguito delle recenti riforme, restano soggetti al fallimento e al concordato solo gli imprenditori commerciali; si confermano quindi le esclusioni degli imprenditori agricoli, dei consumatori, degli enti pubblici e delle altre categorie dei non imprenditori, mentre al posto di piccoli imprenditori si preferisce oggi parlare di imprenditori di modeste dimensioni o imprenditori "sotto soglia". Le recenti modifiche hanno infatti sostituito la necessità di fare riferimento all'art. 2083 c.c.<sup>3</sup> per la determinazione dei piccoli imprenditori esclusi, con dei parametri previsti dallo stesso art. 1 della legge fallimentare, al di sotto dei quali consegue l'esclusione<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> D.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005, n. 80.

<sup>2</sup> D.l. 18 ottobre 2012, n. 179 convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221 e, prima ancora, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134.

<sup>3</sup> Riferimento che, per la verità, era stato infine ritenuto necessario a seguito di una sentenza della Corte Costituzionale (si vedano, ad esempio, FABIANI, *Diritto fallimentare – Un profilo organico*, Bologna, 2011, 63; PACCHI, *Il presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento*, in AA.VV. (a cura di), *Manuale di diritto fallimentare*, II ed., Milano, 2011, 37-38; VENTORUZZO, *L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1041-1042). Per una posizione più critica sul punto si veda FERRI JR., *Sovraindebitamento, piccoli imprenditori e imprese piccole*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 423 ss.

<sup>4</sup> Più precisamente, la norma richiede il possesso congiunto dei tre requisiti, per cui basta il superamento di una soltanto delle soglie fissate dall'art. 1 della legge fallimentare per determinare l'assoggettamento al fallimento e concordato preventivo.

Lasciando da parte gli enti pubblici e le altre peculiari categorie di soggetti esclusi dal fallimento (ad esempio i soggetti sottoposti alla liquidazione coatta amministrativa ai sensi degli artt. 2 e 3 della legge fallimentare e quelli sottoposti all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi), pare interessante concentrarsi sulle ragioni della (perdurante) esclusione dal fallimento e concordato degli imprenditori agricoli, di quelli di modeste dimensioni e dei consumatori, al fine di vagliare la loro fondatezza. Tale obiettivo assume ancora maggiore rilievo in seguito alla recente introduzione e al perfezionamento di una disciplina specifica relativa alla composizione delle crisi da sovraindebitamento, che è dedicata, *inter alia*, a queste tre categorie di soggetti<sup>5</sup>.

Tuttavia, la prospettiva di studiare il fondamento della esclusione dei consumatori dalle procedure concorsuali ordinarie imporrebbe lo svolgimento di una analisi approfondita, che inevitabilmente condurrebbe ad ampie riflessioni<sup>6</sup>, senza contare che tale esclusione si collega al concepimento stesso del diritto fallimentare quale disciplina storicamente riservata, salvo poche eccezioni, ai mercanti (e, in molti casi, elaborata in origine da questi medesimi)<sup>7</sup>. Al contrario, l'esclusione dalle procedure concorsuali ordinarie di imprenditori agricoli e piccoli sembra fondarsi su ragioni di respiro relativamente più circoscritto e pare quindi adatta ad essere affrontata in un saggio di ampiezza contenuta, quale è il presente.

---

<sup>5</sup> L. 27 gennaio 2012, n. 3, successivamente modificata dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 convertito nella l. 17 dicembre 2012, n. 221. In questa sede si sceglie di considerare solo piccoli imprenditori, imprenditori agricoli e consumatori, anche perché appaiono i soggetti maggiormente citati in relazione alla legge sopra richiamata, ma non bisogna dimenticare che le previsioni della suddetta normativa sono applicabili anche ad altri soggetti finora esclusi dalle procedure concorsuali, come professionisti, associazioni e fondazioni che non esercitano attività di impresa (PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 693 ss.; MACARIO, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, in *Contr.*, 4/2012, 231; MAIMERI, *Presupposti soggettivi e oggettivi di accesso*, in *Fall.*, 9/2012, p. 1029 ss.).

<sup>6</sup> Si vedano, in generale, i vari contributi contenuti in PRESTI - STANGHELLINI - VELLA (a cura di), *L'insolvenza del debitore civile dalla prigione alla liberazione*, in AGE, 2004.

<sup>7</sup> Per maggiori dettagli si veda il prossimo paragrafo e, più in generale, SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964.

Premesso questo circa la delimitazione del campo di indagine, merita segnalare che i dubbi circa la fondatezza dell'esclusione da fallimento degli imprenditori agricoli e dei piccoli imprenditori non sono recenti. In proposito, ad esempio, nel capitolo introduttivo di un noto manuale di diritto fallimentare, dedicato ai caratteri generali del fallimento e alla sua posizione nel sistema, l'autore si domandava: «(...) ma perché questa tutela, indispensabile in caso di insolvenza per non pregiudicare i creditori, è disposta solo nei confronti degli imprenditori commerciali?»<sup>8</sup>. Gli stessi dubbi sono stati reiterati nel tempo, soprattutto in occasione o con riferimento al processo di riforma avvenuto negli ultimi anni, e sono analizzati, riportati e/o riaffermati (pur se con diverse accentuazioni) in molti scritti recenti<sup>9</sup>.

Il presente scritto non ha lo scopo di aggiungere una ulteriore voce al coro dei dubbi già espressi da autorevoli studiosi, né l'ambizione di proporre facili soluzioni in relazione a una problematica che è stata oggetto di ampio e risalente dibattito. Più modestamente, il fine di questo lavoro è quello di riepilogare (brevemente e senza pretesa di esaustività) i termini del problema e di svolgere alcune riflessioni circa la disciplina recentemente introdotta, in seguito al processo di riforma che ha investito il diritto fallimentare negli ultimi anni. Il profilo di maggiore interesse del presente contributo, coerentemente con il tema del convegno in cui è stato presentato, sembra quello di vagliare il presente alla luce della storia. In altre parole, presente lavoro vuole evidenziare quali ragioni adottate nel tempo per giustificare le esclusioni da fallimento sembrano mantenersi valide ancora oggi e (alla luce delle critiche a tali argomentazioni) quali invece appaiono superate.

---

<sup>8</sup> FERRARA JR. - BORGIOI, *Il fallimento*, V ed., Milano, 1995, 47.

<sup>9</sup> Si vedano ad esempio: FABIANI, *Diritto fallimentare – Un profilo organico*, cit., 62; PACCHI, *Il presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento*, cit., 35; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, V ed., Torino, 2012, 23 ss.; NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese – Le procedure concorsuali*, II ed., Bologna, 2012, 64; VENTORUZZO, *L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, cit., 1043; NOTARI, *Le imprese non soggette al fallimento: (a) le imprese agricole; (b) le imprese pubbliche*, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2013, 102 ss.; STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia – Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, 158-163. In generale, questo tema è stato recentemente analizzato, con maggiore approfondimento rispetto a quanto verrà fatto nel presente lavoro, in RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, 2012.



In particolare, il presente lavoro è strutturato in tre parti. La prima parte contiene un riassunto ed una analisi circa le origini storiche della esclusione dal fallimento degli imprenditori agricoli e dei piccoli imprenditori. La seconda parte contiene un breve riepilogo del dibattito che si è sviluppato intorno a queste due esclusioni. La terza parte, infine, è dedicata ad alcune riflessioni riguardo alla soluzione adottata nel corso del recente processo di riforma (ovvero mantenere escluse le citate categorie di imprenditori dalle ordinarie procedure concorsuali, ma consentire loro l'accesso a degli strumenti per la composizione delle crisi da sovraindebitamento).

## **2. Storia dell'esclusione da fallimento e concordato di imprenditori agricoli e piccoli**

Le origini del diritto fallimentare sono collocate nel periodo medioevale, sebbene appaia non di agevole soluzione il problema della possibile riconducibilità di alcuni istituti al diritto romano<sup>10</sup>. Di certo il problema appena accennato esorbita dai fini del presente lavoro in cui, in base all'opinione di numerosi autori, ci si limita a prendere come data l'origine medievale del fallimento<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Uno studioso che ha approfondito la storia del fallimento scrive «(...) è provato, per esempio, che il mondo romano, sotto la spinta di vaste e complesse esigenze di commercio e di credito, come tali non del tutto diverse da quelle del basso Medioevo, elaborò istituti destinati a regolare il concorso dei creditori di un soggetto insolvente, i quali presentano più d'una somiglianza con quelli regolati dai nostri statuti. Questo ha portato molti studiosi, e non solo i meno provveduti, a parlare di un'origine romana del fallimento nel suo complesso proprio movendo dalle analogie riscontrate (e riscontrabili), indipendentemente dalla esistenza o no di un legame diretto tra i due istituti attraverso l'alto Medioevo» (SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., 22-23).

<sup>11</sup> Lo studioso citato alla nota precedente, premesso quanto sopra riferito, conclude infatti che «(...) le fonti più antiche del diritto statutario mostrano chiaramente la loro natura per dir così *originaria*, il loro sorgere da un'esigenza viva alla quale il legislatore di volta in volta si accosta senza fare appello, a quel che ci è dato di vedere, a una tradizione romana che egli senta in sé profonda e ben radicata. Sarà proprio da questi tentativi, via via più organici ed articolati, che emergerà e si consoliderà il fallimento, questo istituto tipicamente medievale che affonda le radici nell'*humus* vivo del suo tempo, dal quale trae la sua fisionomia inconfondibile» (ID., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., 24-25). Anche un altro autore, che invece sembra collegare maggiormente la disciplina fallimentare ad alcuni istituti già

Ciò premesso, preme sottolineare che le ragioni che determinarono la nascita del fallimento proprio nel Medioevo (ma forse sarebbe più corretto parlare di procedure concorsuali<sup>12</sup>) vengono ricondotte da più studiosi alle «esigenze poste da un'epoca di grande risveglio economico e commerciale»<sup>13</sup>. Alla luce di tali ricostruzioni viene da chiedersi, per ciò che qui interessa, se anche nel Medioevo il fallimento era come oggi riservato soltanto agli imprenditori commerciali di dimensioni non piccole (pur se, con riferimento ad allora, sarebbe preferibile parlare di “mercanti”<sup>14</sup>).

Una prima risposta a questo interrogativo è rintracciabile in alcuni manuali assai recenti, i cui autori riferiscono che l'istituto del fallimento era *di fatto* applicato ai mercanti, ma non sempre (o non ovunque) riservato esclusivamente a loro<sup>15</sup>. Tuttavia, anche in altri testi scientifici sembra possibile trovare conferma che l'assoggettamento alle procedure di coloro che non appartenevano alla cerchia dei mercanti non è stata una costante<sup>16</sup>. In una stessa città medievale, per esempio,

---

presenti nel diritto romano, ne riconosce l'origine medievale affermando «Con l'aprirsi dell'epoca comunale s'inizia quella profonda trasformazione legale dell'insolvenza, che doveva in pochi secoli condurre alla formazione dell'istituto giuridico del fallimento, quale, nelle sue linee fondamentali, è tuttora accolto nelle legislazioni vigenti» (ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, 1962, 172-173). Per alcuni cenni circa il dibattito sulla continuità o meno tra il diritto fallimentare moderno e quello medievale, si veda SCIUMÈ, *Il diritto comune dopo il Diritto comune: linee guida di una ricerca sulle categorie dogmatiche del fallimento nella cultura giuscommercialistica dell'Italia unita*, in LEGNANI ANNICHINI - SARTI (a cura di), *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra Basso Medioevo ed Età Moderna*, Bologna, 2011, 123-124.

<sup>12</sup> Oltre al fallimento, infatti, nel Medioevo si trovano tracce anche del concordato (SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., 275 ss.).

<sup>13</sup> Id., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., 45.

<sup>14</sup> Si veda SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, III ed., Torino, 1998, 17 ss.

<sup>15</sup> FABIANI, *Diritto fallimentare – Un profilo organico*, cit., 22; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 23-24.

<sup>16</sup> Si veda MARCUCCI, *Insolvenza del debitore civile e «fresh start»*. *Le ragioni di una regolamentazione*, in PRESTI - STANGHELLINI - VELLA (a cura di), *L'insolvenza del debitore civile dalla prigione alla liberazione*, in AGE, 2004, 222.

poteva darsi che la legislazione mutasse fino a ricomprendere coloro che non svolgevano attività mercantile<sup>17</sup>.

Volendo approfondire l'argomento, appare interessante esaminare due fra i più importanti contributi sulla storia del diritto fallimentare. Nel primo, l'autore mette in risalto il fatto che le norme di diritto fallimentare degli statuti medievali erano applicabili, nella maggior parte dei casi, anche a coloro che non svolgevano attività mercantile e che non si trattava di «norme sorte per le necessità dei traffici ed ivi poi codificate negli Statuti della mercanzia»<sup>18</sup>. Nel secondo scritto, già citato più volte, l'autore sostiene invece la tesi opposta, affermando che, anche se alcune normative in teoria estendevano l'applicabilità del fallimento ai non mercanti, in pratica esse erano raramente applicate a soggetti diversi da coloro che svolgevano attività mercantile e che «tutto l'*iter* storico dell'istituto fallimentare si colloca *plenissimo jure* entro i confini sostanziali del diritto commerciale nei quali è sorto e si è venuto sviluppando»<sup>19</sup>.

Al di là delle diverse opinioni degli autori citati, un dato sembra essere condiviso da tutti: ossia che nel Medioevo esistevano legislazioni che consentivano di assoggettare a fallimento anche soggetti che non svolgevano attività mercantile. Questo dato sembra importante perché viene confermato in una normativa emanata ben oltre la fine dell'età intermedia, che prevede una applicazione generalizzata del fallimento.

---

<sup>17</sup> Un esempio è Bologna. Un'autrice, infatti, a proposito dei requisiti per l'applicazione della normativa fallimentare, afferma che in quella città doveva essere accertato «(...) lo *status* di mercante, per il quale l'iscrizione nelle matricole delle corporazioni bolognesi non era formalità necessaria, ritenendosi sufficiente che il soggetto fosse reputato "pubblico mercatante o artifice". Una novità di grande rilievo si registrò nel 1550, quando si estese la giurisdizione fallimentare a chiunque cessasse, fuggisse o si nascondesse causando un danno e un pregiudizio ai suoi creditori, indipendentemente dal fatto che esercitasse la mercatura o un qualsiasi altro mestiere» [LEGNANI ANNICHINI, *Tra Comune e Mercanzia: la giurisdizione fallimentare bolognese tra Basso Medioevo e prima Età Moderna*, in LEGNANI ANNICHINI - SARTI (a cura di), *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra Basso Medioevo ed Età Moderna*, Bologna, 2011, 67-68]. Si vedano anche GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 23-24; NICOLAMARINO, *Esclusione del debitore non imprenditore dall'ambito della fallibilità: ragioni storiche*, in *Quaderni del Ludovicianum* 2010, 21, disponibile sul sito <http://collegi.unicatt.it/collegi-quaderni-del-ludovicianum-2010-scheda> (visitato in data 2 maggio 2013).

<sup>18</sup> ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, cit., 187.

<sup>19</sup> SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., 87.

La *Ordonnance du commerce* del 1673, infatti, sembra non contenere una esplicita esclusione di coloro che non erano mercanti, poiché si riferisce genericamente al *débiteur*, e non al *commerçant*<sup>20</sup>. Un'autrice, in base a studi sulla giurisprudenza dell'epoca, in proposito conferma di ritenere che fosse più probabile una applicazione indifferenziata del fallimento<sup>21</sup>.

In seguito, il codice di commercio napoleonico del 1807 codificò, per così dire, l'utilizzazione del fallimento essenzialmente da parte del ceto mercantile, stabilendo l'assoggettabilità alle procedure dei soli commercianti<sup>22</sup>. Le ragioni di questa previsione non trovano una unanime spiegazione<sup>23</sup>, ma appaiono più comprensibili se collocate nel contesto in cui veniva elaborato il codice di commercio e se messe in relazione alla circostanza, riferita da un'autrice, che Napoleone stesso «aveva dato una spinta forte alla promulgazione del codice proprio per introdurre un maggior rigore in materia di fallimento e una maggiore

---

<sup>20</sup> Il testo della *Ordonnance* è disponibile sul sito dell'Université de Rennes 1 (<http://partages.univ-rennes1.fr/files/partages/Recherche/Recherche%20Droit/Laboratoires/CHD/Textes/Ordonnance1673.pdf>)e, in versione originale, anche sul sito internet della University of California - California Digital Library (<http://ia600504.us.archive.org/2/items/ordonnancedeloui00fran/ordonnancedeloui00fran.pdf>) entrambi visitati in data 2 maggio 2013.

<sup>21</sup> MOSCATI, *Aspetti e problemi del fallimento tra Antico Regime e codificazione commerciale*, in LEGNANI ANNICHINI - SARTI (a cura di), *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra Basso Medioevo ed Età Moderna*, Bologna, 2011, 82. Contrariamente, un altro autore afferma che l'istituto del fallimento «(...) fu accolto nella nota *Ordonnance de Commerce* del 1673, che finì di fatto per applicarsi unicamente ai mercanti, pur non prevedendo alcuna limitazione soggettiva» (NICOLAMARINO, *Esclusione del debitore non imprenditore dall'ambito della fallibilità: ragioni storiche*, cit., 22).

<sup>22</sup> Il Codice di commercio del 1807 è consultabile sul sito internet della Biblioteca Nazionale di Francia (<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56629t>, visitato in data 2 maggio 2013). In particolare, l'art. 437 del Codice di commercio prevedeva che «*Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite*». In proposito, bisogna riferire che l'art. 1 del medesimo Codice prevedeva che «*Sont commerçans ceux que exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelles*». Una autrice conferma che questa previsione segna una discontinuità rispetto alle legislazioni previgenti, affermando che nel codice di commercio del 1807 «(...) è tipica e innovativa rispetto all'*Ordonnance* e al progetto Miromesnil, la distinzione fra commercianti e non commercianti, dato che solo ai primi è riservata la disciplina del fallimento» (MOSCATI, *Aspetti e problemi del fallimento tra Antico Regime e codificazione commerciale*, cit., 98).

<sup>23</sup> NICOLAMARINO, *Esclusione del debitore non imprenditore dall'ambito della fallibilità: ragioni storiche*, cit., 22.

severità contro i debitori, volendo il linea generale moralizzare il commercio»<sup>24</sup>. In proposito però, pare necessario precisare che alcune importanti normative di quel periodo non seguirono la medesima strada del legislatore francese, ad esempio quella prussiana, che prevedeva una unica disciplina applicabile anche ai non commercianti<sup>25</sup>.

Le previsioni del codice di commercio napoleonico furono adottate in Italia, all'inizio direttamente, poi in alcuni codici preunitari e, infine, all'interno dei codici di commercio del 1865 e del 1882<sup>26</sup>. In particolare, sebbene la previsione relativa alla esclusione dal fallimento dei non commercianti fosse stata messa in discussione durante l'elaborazione del codice di commercio del 1882 (in cui il modello francese era stato recepito più criticamente di quanto era stato fatto in quello del 1865), alla fine venne mantenuta.

Il codice di commercio del 1882, pur se affiancato da importanti interventi in materia fallimentare<sup>27</sup>, rimase in vigore fino al 1942<sup>28</sup>, quando vennero emanati il codice civile e la legge fallimentare.

Una delle condizioni per la dichiarazione di fallimento sotto il regime del codice di commercio era che il soggetto a cui si riferiva fosse un commerciante<sup>29</sup> e dalla nozione di commerciante era escluso l'imprenditore agricolo<sup>30</sup>. Non pare che fosse escluso il piccolo

<sup>24</sup> MOSCATI, *Aspetti e problemi del fallimento tra Antico Regime e codificazione commerciale*, cit., 95. In proposito si veda anche BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, 25.

<sup>25</sup> MOSCATI, *Aspetti e problemi del fallimento tra Antico Regime e codificazione commerciale*, cit., 98.

<sup>26</sup> ID., *Aspetti e problemi del fallimento tra Antico Regime e codificazione commerciale*, cit., 100-103; NICOLAMARINO, *Esclusione del debitore non imprenditore dall'ambito della fallibilità: ragioni storiche*, cit., 22-23.

<sup>27</sup> FABIANI, *Diritto fallimentare – Un profilo organico*, cit., 24.

<sup>28</sup> GHIA, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, Milano, 2008, 46.

<sup>29</sup> VIVANTE, *Istituzioni di diritto commerciale*, Milano, 1935, 413.

<sup>30</sup> «Solo l'industria agricola, che ha per iscopo la vendita dei prodotti del suolo, sfugge all'applicazione del diritto commerciale, anche quando il proprietario per renderla più intensiva e remuneratrice acquisti macchine agrarie, concimi artificiali e si valga dell'opera di agronomi, di enologi, ecc.; o quando per migliorare i prodotti dei suoi fondi e per metterli in opera si provveda altrove d'altre materie (Co 5). Solo quando, in occasione di un esercizio agricolo, sorge un'industria autonoma, con un proprio giro d'affari, come un caseificio, una latteria, una cantina sociale, vi ha un'impresa commerciale» (ID., *Istituzioni di diritto commerciale*, cit., 30).

imprenditore, ma fu introdotta una legge sui piccoli fallimenti per evitare che la «complicata e costosa procedura di fallimento»<sup>31</sup> fosse applicata in casi in cui l'ammontare dei debiti era talmente modesto che era evidente in partenza che non ci sarebbe stato attivo sufficiente a coprire nemmeno le spese della procedura<sup>32</sup>. È opportuno rimarcare tuttavia che tale legge, come sottolineava un autore dell'epoca, non escludeva i «piccoli commercianti» dalla disciplina generale del fallimento ma, prendendo in considerazione un passivo di lieve entità, più precisamente dettava una disciplina speciale per i «piccoli fallimenti»<sup>33</sup>.

In merito alle esclusioni dal fallimento di alcune categorie di imprenditori, soprattutto a quella degli imprenditori agricoli, alcuni commentatori si erano espressi in maniera molto critica già prima della legge del 1942. In particolare, nella introduzione a un volume pubblicato nel 1932, un autore ritiene che «la limitazione del fallimento al solo commerciante non ha più ragion d'essere (...)»<sup>34</sup>. L'autore appena citato fonda questa affermazione su una serie di considerazioni. Anzitutto, l'autore conferma che il *Code de commerce* del 1807 è stata la prima fonte a prevedere che il fallimento fosse riservato ai soli commercianti e che questa scelta legislativa fu determinata dalla necessità di reagire agli scandali finanziari del tempo e, più precisamente, a contrastare «l'industria dei fallimenti che commercianti senza scrupoli, arricchiti dalla rivoluzione, avevano creata su larga scala»<sup>35</sup>. Tuttavia questo fenomeno era, ad avviso dell'autore, contingente. Inoltre, con particolare riferimento all'impresa agricola, l'autore sostiene che, già in quegli anni, tali imprese avevano necessità di organizzarsi e in pratica svolgevano la loro attività in maniera non dissimile dalle imprese «commerciali». Per queste ragioni l'esclusione da fallimento degli imprenditori agricoli appariva irragionevole all'autore, che riferisce anche le interessanti opinioni critiche di un membro di una commissione ministeriale dell'epoca, la quale aveva concluso nel senso di mantenere ferma l'esclusione dal

---

<sup>31</sup> ID., *Istituzioni di diritto commerciale*, cit., 458.

<sup>32</sup> ID., *Istituzioni di diritto commerciale*, cit., 458 ss.

<sup>33</sup> BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, cit., 45-46.

<sup>34</sup> ID., *Diritto fallimentare italiano*, cit., 27.

<sup>35</sup> ID., *Diritto fallimentare italiano*, cit., 25.

fallimento degli imprenditori agricoli<sup>36</sup>. Infine il ragionamento svolto per gli imprenditori agricoli veniva esteso dall'autore anche ai debitori civili e affiancato da altre considerazioni di ordine più generale che, lette oggi, appaiono di grande modernità<sup>37</sup>.

In conclusione, quindi, è possibile affermare che, nonostante le perplessità sopra riferite, la regola di origine francese che prevede la soggezione al fallimento soltanto per gli imprenditori commerciali, dopo essere penetrata in Italia tramite i codici del 1865 e del 1882, venne mantenuta anche nella legge fallimentare del 1942<sup>38</sup>.

### **3. Critiche all'esclusione da fallimento e concordato di imprenditori agricoli e piccoli**

Il diritto fallimentare francese, da cui pare possibile dire che quello italiano trae la sua più recente origine, attraverso la trasposizione e la permanenza di molte disposizioni del codice napoleonico nei nostri

---

<sup>36</sup> L'autore riporta un breve passaggio tratto da uno scritto del membro della commissione ministeriale di cui si è fatto cenno (ARCANGELI), il quale afferma che non volle intervenire nella discussione circa l'esclusione degli imprenditori agricoli dal fallimento perché tale discussione «(...) mi parve turbata dal timore eccessivo di alcuni del ceto agricolo, specialmente nella Toscana, di essere ritenuti commercianti obbligati alla tenuta dei libri, di poter cadere in fallimento. Curioso stato d'animo questo! E curioso modo d'intendere ciò che può giovare o può nuocere all'agricoltura!» (ID., *Diritto fallimentare italiano*, cit., 28).

<sup>37</sup> L'autore scrive in proposito «È preferibile, a nostro avviso, non distinguere, come sensatamente non distinguono qui le legislazioni del gruppo tedesco, ammettendo che il fallimento debba funzionare *per tutti*. L'economia creditizia non è vulnerata soltanto dalle insolvenze dei commercianti. Debitori civili, come i grandi proprietari terrieri, possono perturbarla non meno gravemente e legittimare di conseguenza l'intervento dello Stato con l'attuazione del processo collettivo. Questo s'impone, in ogni caso, più a tutela del ceto dei *creditori* che per la punizione del *debitore*; infatti l'applicazione dovrebbe esser più benigna quanto alle misure sulla persona del fallito che solo mediatamente giustificano l'intervento degli organi dello Stato» (ID., *Diritto fallimentare italiano*, cit., 29).

<sup>38</sup> Così PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, XVI-XVII; NICOLAMARINO, *Esclusione del debitore non imprenditore dall'ambito della fallibilità: ragioni storiche*, 23.

codici ottocenteschi<sup>39</sup>, si era col tempo evoluto<sup>40</sup>. Altrettanto non si può dire di quello italiano che, fino alle riforme intervenute tra il 2005 e il 2012, era rimasto in gran parte immutato dal 1942<sup>41</sup>.

Sebbene il dibattito fosse vivo anche prima<sup>42</sup>, il processo di riforma che ha interessato la nostra legge fallimentare negli ultimi anni ha imposto di riconsiderarne molti elementi<sup>43</sup>, a partire dagli stessi presupposti necessari per accedere alle procedure<sup>44</sup>. Molti studiosi si sono quindi pronunciati, incidentalmente o specificamente, anche in relazione alla esclusione dal fallimento e dal concordato preventivo degli imprenditori agricoli e di quelli di modeste dimensioni. In questa sede non sembra necessario fornire una ricognizione completa ed

---

<sup>39</sup> Si vedano GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 24; MOSCATI, *Aspetti e problemi del fallimento tra Antico Regime e codificazione commerciale*, cit., 102; MARCUCCI, *Insolvenza del debitore civile e «fresh start»*, cit., 223.

<sup>40</sup> A parte le più recenti riforme dei primi anni 2000, già a partire dal 1988 gli imprenditori agricoli sono stati sottoposti alle procedure concorsuali in Francia [si veda SCHÖDERMEIER - PÉROCHON, *National Report for France*, in MCBRYDE - FLESSNER - KORTMANN (a cura di), *Principles of European Insolvency Law*, Deventer, 2003, 242; RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, cit., 59]. Successivamente l'assoggettabilità alle procedure concorsuali è stata estesa anche ai professionisti intellettuali. Attualmente, l'art. L620-2 del Codice di commercio francese prevede che «*La procédure de sauvegarde est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé*» e l'art. L640-2 prevede che «*La procédure de liquidation judiciaire est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé*» (testi consultati sul sito <http://www.legifrance.gouv.fr/> in data 2 maggio 2013).

<sup>41</sup> STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia – Le procedure di insolvenza*, cit., 341.

<sup>42</sup> Per un riepilogo, si veda RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, cit. 38-48.

<sup>43</sup> Per un riepilogo delle proposte avanzate in anni recenti si vedano PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, cit., 674 ss; RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, cit., 94 ss..

<sup>44</sup> Questi stessi presupposti, infatti, sono stati oggetto di revisione durante la riforma. Quello soggettivo in maniera più marcata. Quello oggettivo non è mutato rispetto al fallimento, ma lo stato di crisi ha sostituito lo stato di insolvenza quale presupposto per il concordato preventivo.



esaustiva di tutte le posizioni emerse in proposito, ma soltanto riferire di alcune opinioni, al fine di tratteggiare un quadro sintetico del dibattito cui si è accennato.

Molti manuali recenti (in pratica tutti quelli consultati) sono fortemente critici verso l'esclusione dell'imprenditore agricolo dal novero dei soggetti fallibili, mentre sono generalmente più cauti con riferimento all'esclusione degli imprenditori di modeste dimensioni<sup>45</sup>. Sembra opportuno procedere esaminando i due casi separatamente.

Per quanto riguarda l'esclusione degli imprenditori agricoli, le critiche si basano su argomentazioni non dissimili da quelle che un autore già citato, scrivendo ancor prima della emanazione della legge fallimentare del 1942, utilizzava per criticare analoga esclusione contenuta nel codice di commercio del 1882<sup>46</sup>. Volendo schematizzare, le critiche degli autori dei manuali consultati possono essere raggruppate in quattro categorie.

In primo luogo, gli autori esaminati sottolineano che l'impresa agricola oggi assume molto spesso caratteristiche che la rendono difficilmente distinguibile da una impresa commerciale<sup>47</sup>, sia per quanto riguarda il ricorso al credito, ma anche a seguito della riforma dell'art. 2135 c.c. operata dal decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228, che ha ampliato notevolmente i confini dell'impresa agricola. Per queste ragioni, in una certa parte della giurisprudenza è possibile rintracciare una certa ritrosia a considerare escluse imprese che utilizzano il fattore terra in un contesto che somiglia più a quello industriale che agricolo (e.g. coltivazioni in serra)<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Si vedano, in generale, i capitoli relativi al presupposto soggettivo nei seguenti volumi: FABIANI, *Diritto fallimentare – Un profilo organico*, cit., 57 ss; PACCHI, *Il presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento*, cit., 11 ss.; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 23 ss.; NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese – Le procedure concorsuali*, cit., 59 ss.; NOTARI, *Le imprese non soggette al fallimento: (a) le imprese agricole; (b) le imprese pubbliche*, cit., 102 ss.

<sup>46</sup> BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, cit., 25 ss.

<sup>47</sup> Si vedano PACCHI, *Il presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento*, cit., 35; NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese – Le procedure concorsuali*, cit., 64; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 30; RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, cit., 214 ss..

<sup>48</sup> FABIANI, *Diritto fallimentare – Un profilo organico*, cit., 62. Per queste ragioni, nella pratica è possibile affermare che «È necessario valutare se *in concreto* l'attività esercitata è effettivamente agricola o se invece essa sia o diventi commerciale,

In secondo luogo, la giustificazione secondo cui l'impresa agricola sarebbe esclusa dalle procedure in quanto più vulnerabile a causa del rischio ambientale/metereologico non sembra convincente: anche ammesso che questo rischio non sussista per le imprese che vengono considerate commerciali<sup>49</sup>, infatti, dato che oggi le procedure sono concepite per garantire una maggiore tutela dei creditori, pare logico ritenere che esse dovrebbero essere applicate proprio quando sussiste un rischio più alto<sup>50</sup>.

In terzo luogo, la motivazione secondo cui l'impresa agricola dovrebbe essere esente per sottrarla alla severità degli effetti personali sul fallito non ha più ragione di esistere in un contesto in cui la disciplina della legge fallimentare assume sempre meno i caratteri sanzionatori che aveva nel passato<sup>51</sup> e, anzi, fino alla recente normativa sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento, era forse l'unico strumento con cui era possibile liberarsi definitivamente dai propri debiti<sup>52</sup>.

Infine, non mancano autori che evidenziano come l'esclusione dell'impresa agricola dal fallimento e dal concordato preventivo sia ormai una peculiarità tutta italiana, poiché tutti i più grandi Paesi a noi vicini considerano l'imprenditore agricolo assoggettabile alle procedure concorsuali<sup>53</sup>.

Per quanto riguarda l'esclusione degli imprenditori di modeste dimensioni, le critiche sembrano meno nette. La giustificazione di tale esclusione è principalmente ravvisata nell'esigenza di non gravare i

---

esponendo l'imprenditore a fallimento» (si veda IPSOA FRANCIS-LEFEBVRE, *Memento Pratico Fallimento*, Milano, 2012, 168-171). Si vedano inoltre, in proposito, le seguenti pronunzie: Cass. civ. 10 dicembre 2010, n. 24995; Cass. civ., 24 marzo 2011, n. 6853; Cass. civ. 17 luglio 2012, n. 12215.

<sup>49</sup> Si pensi al caso delle imprese di navigazione, che certamente sopportano un rischio analogo, si pensi di nuovo al fatto che questi rischi sono ridotti dal fatto che molte coltivazioni avvengono «in stabilimenti o in serre» (PACCHI, *Il presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento*, cit., 35) e infine si pensi comunque al fatto, sottolineato da un autore, che attualmente molti di questi rischi possono essere coperti mediante una qualche forma di assicurazione (STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia – Le procedure di insolvenza*, cit., 161, nota 8).

<sup>50</sup> Così, ad esempio, NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese – Le procedure concorsuali*, cit., 64.

<sup>51</sup> ID., *Diritto della crisi delle imprese – Le procedure concorsuali*, cit., 64.

<sup>52</sup> Così, ad esempio, FABIANI, *Diritto fallimentare – Un profilo organico*, cit., 62.

<sup>53</sup> Così, ad esempio, PACCHI, *Il presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento*, cit., 35.

tribunali di procedure di modesta entità, i cui costi supererebbero i benefici attesi<sup>54</sup>. In relazione a questi casi, le critiche non sembrano concentrarsi tanto sulla giustificazione accennata (che in alcuni manuali sembra essere presentata come un dato di fatto), quanto su un'altra idea che si accompagnava a questa giustificazione, ovvero quella di allontanare il piccolo imprenditore dagli effetti punitivi del fallimento. I commentatori rilevano la infondatezza di questa giustificazione, in quanto la recente riforma del diritto fallimentare è stata improntata a un principio di favore verso il debitore onesto ma sfortunato e ha ridimensionato il carattere afflittivo del fallimento (con l'introduzione, *inter alia*, dell'istituto della esdebitazione<sup>55</sup>).

Un interrogativo affascinante, che in questa sede può soltanto essere avanzato, è se sia preferibile la distinzione tra piccoli e grandi imprenditori o quella tra piccoli e grandi fallimenti, riprendendo la distinzione che sussisteva prima della legge fallimentare del 1942 (posto che un limite minimo sotto il quale si fa luogo alla dichiarazione di fallimento è comunque previsto all'art. 15, ultimo comma, della legge fallimentare attuale)<sup>56</sup>.

Un autore, in particolare, ribadisce le critiche relative all'esclusione dell'imprenditore agricolo dal fallimento, ma si concentra sull'esclusione del piccolo imprenditore<sup>57</sup>. In proposito, l'autore ritiene «singolare» la scelta del legislatore di tenere ferma quest'ultima esclusione e, in primo momento, addirittura ampliarne i confini<sup>58</sup>. Più

<sup>54</sup> Così, ad esempio, NOTARI, (c) *le imprese di piccole dimensioni*, cit., 106.

<sup>55</sup> Così, ad esempio, FABIANI, *Diritto fallimentare – Un profilo organico*, cit., 64-65.

<sup>56</sup> In proposito, tuttavia, merita riportare le parole di un autore, il quale nota che «ai fini dell'ammissibilità della domanda ai sensi dell'art. 7 l. 3/2012, nessuna rilevanza assume il (mancato) superamento della soglia di cui all'art. 15, ultimo comma, legge fall.», sottolineando anche che «la norma in esame trova applicazione unicamente in materia di fallimento, e non anche di concordato, laddove al contrario l'art. 1 legge fall. si riferisce ad entrambe tali procedure, così come, e parallelamente, l'art. 7, 2° comma, l. 3/2012» (si veda FERRI JR., *Sovraindebitamento, piccoli imprenditori e imprese piccole*, cit., 428). Nello stesso modo paiono ritenere anche altri autori (ad esempio PACIELLO, *Prime riflessioni (inevitabilmente) critiche sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 93; PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, cit., 698).

<sup>57</sup> STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia – Le procedure di insolvenza*, cit., 158-163.

<sup>58</sup> Come ricordano autori già citati, la riforma aveva inizialmente aumentato il novero dei soggetti esclusi e poi era stata corretta restringendolo nuovamente (si vedano, ad esempio, PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, cit., 675;

precisamente, secondo l'autore, la riforma avrebbe fornito una risposta giusta a una domanda che era in partenza sbagliata. Se, infatti, la domanda è come fare a garantire una maggior attenzione ai procedimenti concorsuali da parte dei giudici, senza aumentare le risorse che hanno a disposizione, sembra logico rispondere riducendo il numero dei casi di cui possono essere gravate le strutture giudiziarie. L'autore osserva che, tuttavia, questa soluzione soffre di diversi problemi di ordine sia giuridico che di efficienza economica. Da un lato, posto che la riforma ha introdotto la possibilità per il fallito persona fisica di liberarsi dai debiti residui, la soluzione in commento pone il problema della irragionevole disparità di trattamento tra i debitori fallibili e i debitori esclusi dal fallimento (considerato che questi ultimi sembrano i soggetti maggiormente interessati dalla norma, poiché ragionevolmente saranno persone fisiche in misura maggiore che gli imprenditori soggetti al fallimento). Dall'altro lato, da un punto di vista di efficienza economica generale, in primo luogo sembra ragionevole ritenere che i creditori degli imprenditori esclusi dalle procedure concorsuali ordinarie avranno recuperi più difficoltosi e, conseguentemente, gli stessi imprenditori esclusi avranno più difficoltà ad accedere al credito<sup>59</sup>; in secondo luogo poi, «debitori e

---

VENTORUZZO, *L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, cit., 1041 ss.).

<sup>59</sup> In base a tale ragionamento pare possibile concludere che l'esclusione in commento ha le potenzialità per creare una spirale preoccupante se, come un'autrice citata sottolinea più volte (si veda PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, cit., 666 e 677), si rammenta essa riguarda le imprese di modeste dimensioni e che questa categoria di imprese ha un peso importante nell'economia italiana. Per opinioni analoghe si veda anche LO CASCIO, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento (Introduzione)*, in *Fall.*, 9/2012, 1021. Tuttavia, in proposito è interessante notare che la previsione delle soglie all'art. 1 della legge fallimentare, pur restringendo l'area della fallibilità, la mantengono comunque ampia. Questa considerazione si basa su una indagine empirica svolta da un autore con riferimento agli anni 2005, 2006 e 2007, su un campione di oltre 940.000 imprese (da cui però sono esclusi gli imprenditori individuali) che rivela che solamente 32.000 sono potenzialmente escluse dal fallimento, ossia appena 3,3% del totale. Detto in altri termini, in un Paese in cui la maggior parte delle imprese sono di dimensioni piccole e medie, il 96,7% delle stesse è fallibile (si veda VENTORUZZO, *L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, cit., 1088-1091). Seppur con alcuni limiti (ad esempio la citata esclusione degli imprenditori individuali) questa indagine sembra dare una buona descrizione dell'area della fallibilità. Sembra quindi che, al di là della nozione giuridica di piccola impresa, l'esclusione dal fallimento in pratica riguardi principalmente le cosiddette

creditori esclusi andranno a intasare altre aule degli stessi tribunali (quelli delle procedure esecutive ordinarie), senza potersi giovare della riduzione dei costi tipica delle procedure d'insolvenza»<sup>60</sup> (e quindi aumentando, o non riducendo in misura sensibile, il costo complessivo dell'apparato giudiziario)<sup>61</sup>.

#### 4. Riflessioni circa il nuovo trattamento della crisi di imprenditori agricoli e piccoli

La legge 27 gennaio 2012, n. 3, ha introdotto una prima disciplina della crisi dei soggetti esclusi dalle procedure concorsuali contenute nella legge fallimentare. Tale disciplina non ha quasi avuto applicazione per un anno intero<sup>62</sup>. Successivamente, il decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, ha ampiamente modificato la disciplina iniziale, ponendo le basi per una sua più diffusa applicazione<sup>63</sup>.

Senza voler procedere ad un esame esaustivo delle singole disposizioni, pare sufficiente riferire che la legge citata fornisce tre

micro imprese o le imprese in fase di *start up* (un aspetto questo che, in particolare, sembra rientrare nelle intenzioni del legislatore secondo alcuni autori: si veda NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese – Le procedure concorsuali*, cit., p. 69).

<sup>60</sup> STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia – Le procedure di insolvenza*, cit., 163.

<sup>61</sup> In proposito si veda, in generale, MARCHESI, *Insolvenza, «fresh start» ed economia della giustizia*, in PRESTI - STANGHELLINI - VELLA (a cura di), *L'insolvenza del debitore civile dalla prigione alla liberazione*, in AGE, 2004, 383 ss. Sembra interessante notare, in proposito, che un altro autore ha annoverato tra gli obiettivi propri degli strumenti per la composizione della crisi da sovraindebitamento quello «(...) di svolgere una più generale azione deflattiva della conflittualità giudiziaria derivante dall'esecuzione individuale» (PACIELLO, *Prime riflessioni (inevitabilmente) critiche sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 85).

<sup>62</sup> Si veda la Circolare ABI Serie Legale n. 3 – 25 gennaio 2013 ove, a pagina 2, nota 2, si afferma che «Le ragioni della riforma vengono chiarite dalla relazione illustrativa al ddl n. 3533/2012 (...), laddove si sottolinea in particolare il dato empirico sull'applicazione della procedura di sovraindebitamento di cui alla legge n. 3/2012 originaria. Infatti ad ottobre del 2012 risultava che non vi fossero procedimenti pendenti nei tribunali di Milano, Torino, Bari, Brindisi e Pavia, mentre un ricorso risultava depositato rispettivamente presso i tribunali di Roma e Firenze» (la Circolare ABI citata è disponibile al sito internet <http://www.abicloud.it/default-editoriale?id=76&area=cir>, visitato in data 2 maggio 2013).

<sup>63</sup> PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, cit., 690.

“strumenti” per la composizione delle crisi da sovraindebitamento<sup>64</sup>. Si tratta di due procedure di composizione della crisi e di una liquidazione del patrimonio. La prima procedura di composizione è definita «accordo di composizione della crisi», può essere utilizzata sia da imprenditori che da non imprenditori e, secondo alcuni primi commentatori, in seguito agli ultimi interventi di riforma ha assunto molte caratteristiche proprie del concordato preventivo<sup>65</sup>. La seconda procedura di composizione è definita «piano del consumatore», può essere utilizzata solo dai consumatori e non prevede la raccolta dei consensi dei creditori, ma solo la positiva deliberazione del giudice<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> È utilizzato il termine «strumento», invece di «procedura», qualora sussistessero ancora dubbi circa la qualificazione degli istituti in esame (pur trattandosi di dubbi che, come si dirà a breve, adesso appaiono superati). Ad esempio un autore, scrivendo prima della riforma operata dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221, utilizzava proprio il termine «strumento» riguardo all'istituto introdotto per la composizione della crisi da sovraindebitamento (che allora era soltanto l'accordo), concludendo che non si trattava di un procedimento concorsuale (si veda FABIANI, *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, in *Corr. giur.*, 4/2012, 450-452). In proposito si veda anche PACIELLO, *Prime riflessioni (inevitabilmente) critiche sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 89. Già il dato letterale farebbe pensare però che, in seguito alle modifiche apportate dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221, il legislatore adesso considera «procedure concorsuali» quelle previste nella vigente disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento, posto che l'art. 6, comma 1°, identifica i soggetti legittimati ad usufruirne in coloro che non sono né soggetti né assoggettabili a procedure concorsuali «diverse da quelle regolate dal presente capo». Della stessa opinione pare essere un'autrice già citata, secondo cui «(...) la legge 221/2012 afferma la natura concorsuale dei procedimenti» (PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, cit., 703). Al di là del dato letterale, anche altri autori hanno ritenuto che, in seguito alle ultime modifiche, gli strumenti per la composizione della crisi da sovraindebitamento abbiano adesso il carattere di procedure concorsuali (si vedano ad esempio GUIOTTO, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, in *Fall.*, 11/2012, 1285 ss; DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, contributo del 21 dicembre 2012 disponibile su [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); BOGGIALI, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento alla luce delle più recenti novità normative*, Studio n. 99-2013 del Consiglio Nazionale del Notariato disponibile su [www.notariato.it](http://www.notariato.it)).

<sup>65</sup> Si vedano PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, cit., 703, 712 e 714; DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovra indebitamento*, cit., 4 ss.

<sup>66</sup> ID, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, cit., 8; BOGGIALI, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento alla luce delle più recenti novità normative*, cit., 2.

Oltre a questi due strumenti, come già accennato, il legislatore ha previsto anche una procedura di liquidazione che, fondamentalmente, è strutturata sullo schema del fallimento<sup>67</sup>. Tutti e tre gli strumenti sono accessibili su base volontaria, poiché l'iniziativa è riservata sempre e solo al debitore, salvo il caso di conversione delle procedure di composizione in quella di liquidazione, che può essere disposta dal giudice anche su istanza di uno dei creditori (nei casi previsti dall'art. 14-quater). Dal momento che in questa sede l'attenzione si concentra sugli imprenditori agricoli e su quelli di modeste dimensioni, le riflessioni che seguono hanno ad oggetto solo i due strumenti che li riguardano.

Per quanto riguarda gli imprenditori agricoli, anzitutto bisogna notare che oltre ai due strumenti per la composizione delle crisi da sovraindebitamento sopra descritti, essi hanno accesso anche alla possibilità di concludere accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis della legge fallimentare<sup>68</sup>. Si tratta di un'opportunità che pare avere una effettiva utilità, non di una mera duplicazione, dal momento che l'accordo disciplinato dalla attuale formulazione della legge 27 gennaio 2012, n. 3, come accennato, somiglia più a un concordato preventivo<sup>69</sup>.

Premesso questo, la possibilità oggi offerta all'imprenditore agricolo di usufruire degli strumenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento ha certamente colmato una lacuna, che lasciava una intera (e rilevante) categoria di operatori economici priva di qualsiasi normativa che consentisse una ordinata di gestione della loro eventuale crisi. Tuttavia, viene da chiedersi se la scelta compiuta dal legislatore sia stata opportuna. Alla luce delle critiche avanzate dalla dottrina all'esclusione degli imprenditori agricoli dalle procedure

---

<sup>67</sup> DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, cit., 10; BOGGIALI, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento alla luce delle più recenti novità normative*, cit., 9.

<sup>68</sup> L'art. 23, comma 43°, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111, ha previsto, pur se «In attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia» (un dato, questo, che è stato posto in evidenza dalla dottrina: si veda MARINO – CARMINATI, *Le soluzioni negoziali della crisi dell'imprenditore agricolo*, in *Fall.*, 6/2012, p. 633), la possibilità per gli imprenditori agricoli di accedere agli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis della legge fallimentare e alla transazione fiscale di cui all'art. 182-ter della medesima legge.

<sup>69</sup> ID., *Le soluzioni negoziali della crisi dell'imprenditore agricolo*, cit., p. 639.

concorsuali ordinarie, il fatto di garantire loro l'accesso ai procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento appare una prova ulteriore della irrazionalità di quella esclusione. In altre parole, così facendo il legislatore sembra riconoscere la necessità di predisporre degli strumenti per la gestione della crisi degli imprenditori agricoli, ma si ostina (per ossequio alla tradizione o, forse, a causa di altre pressioni politiche<sup>70</sup>) a non volerli assoggettare alle procedure concorsuali ordinarie.

Senza voler ripetere le critiche riferite nel paragrafo precedente, infatti, preme solo sottolineare che (come giustamente precisato in dottrina) l'esclusione dell'imprenditore agricolo si fonda su un criterio soltanto qualitativo, non dimensionale<sup>71</sup>. Ne consegue il paradosso che oggi una impresa di rilevanti dimensioni, se agricola, ha la possibilità di assoggettarsi alla stessa procedura a cui sono sottoposti i consumatori, i professionisti e gli imprenditori di modeste dimensioni<sup>72</sup>, senza poter beneficiare dei più collaudati e sofisticati strumenti disponibili nelle procedure concorsuali ordinarie per le imprese commerciali di dimensioni simili. Se, come accennato in precedenza, l'assenza di una procedura per la crisi delle imprese agricole appariva problematica e la loro l'esclusione dal fallimento irrazionale, la soluzione introdotta dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3, è sempre meglio di niente, ma rende adesso tale esclusione ancor più sorprendente e priva di un solido fondamento.

Per quanto riguarda gli imprenditori di modeste dimensioni, sembra necessario svolgere considerazioni molto diverse da quelle svolte in relazione agli imprenditori agricoli. L'esclusione degli imprenditori di piccole dimensioni dalle procedure concorsuali ordinarie, infatti, risponde ad una esigenza concreta e condivisa, ossia quella di non oberare i tribunali con casi relativi a soggetti di dimensioni talmente ridotte da rendere antieconomica la loro sottoposizione a procedure complesse e costose quali sono il fallimento e il concordato preventivo. Ciò posto che, presumibilmente, in tali casi

---

<sup>70</sup> Un autore esplicitamente riconduce la causa della mancata estensione del fallimento agli imprenditori agricoli alle pressioni della *lobby* degli agricoltori (FABIANI, *Diritto fallimentare – Un profilo organico*, cit., 62).

<sup>71</sup> Si vedano PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, cit., 696; MARINO – CARMINATI, *Le soluzioni negoziali della crisi dell'imprenditore agricolo*, cit., 633 ss..

<sup>72</sup> Tale incongruità è sottolineata anche in NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese – Le procedure concorsuali*, cit., p. 409.



il residuo attivo non sarebbe neanche sufficiente a ripagare i costi di quelle procedure. Come riferito in precedenza, tuttavia, la totale assenza di strumenti volti ad assicurare una ordinata gestione della crisi dei piccoli imprenditori comportava comunque dei costi e l'emanazione di una normativa apposita era invocata da tempo<sup>73</sup>. Perciò, pur se avanzando critiche alle soluzioni specificamente adottate e sollecitando correzioni, è stata generalmente salutata con favore l'introduzione di strumenti per la composizione delle crisi da sovraindebitamento da parte della legge 27 gennaio 2012, n. 3<sup>74</sup>.

Premesso quindi che una disciplina per la crisi del piccolo imprenditore era considerata necessaria, alcune critiche, che pure appaiono più indirizzate alla impostazione generale della legge 27 gennaio 2012, n. 3, meritano di essere richiamate in questa sede.

Molti autori, infatti, hanno ritenuto problematica la circostanza che la disciplina della composizione delle crisi da sovraindebitamento sia accessibile indistintamente sia ai consumatori che a soggetti che (per quanto di modeste dimensioni) svolgono comunque un'attività imprenditoriale<sup>75</sup>. Più precisamente, gli autori appena menzionati sembrano dubitare della idoneità di una unica disciplina per far fronte alla crisi di due categorie di soggetti che sono intimamente differenti. Secondo questi autori, infatti, la crisi del consumatore concerne un patrimonio e, come tale, riguarda una situazione statica, al contrario la crisi dell'imprenditore (per quanto piccolo) concerne un'attività e, quindi, riguarda una situazione dinamica<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Si vedano per esempio, tra gli altri, PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, cit., 666-676; LO CASCIO, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento (Introduzione)*, cit., 1021; STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia – Le procedure di insolvenza*, cit., 158-163.

<sup>74</sup> In tal senso si vedano, per esempio, FABIANI, *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, cit., 450; DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, cit., 3.

<sup>75</sup> Si vedano ad esempio DI MARZIO, *Una procedura per gli accordi in rimedio del sovraindebitamento*, contributo del 27 febbraio 2012 disponibile su [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); PACIELLO, *Prime riflessioni (inevitabilmente) critiche sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 90; LO CASCIO, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento (Introduzione)*, cit., 1022; FABIANI, *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, cit., 450; PACCHI, *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, cit., 696.

<sup>76</sup> Con riferimento alla composizione delle crisi da sovraindebitamento è stato affermato, ad esempio, che «(...) la soluzione per la composizione della crisi è indifferenziata e ciò lascia perplessi perché accanto a situazioni dinamiche, come quelle

Altri autori invece sembrano approvare la scelta compiuta dal legislatore, ritenendo opportuna la previsione degli stessi strumenti per debitori con caratteristiche diverse<sup>77</sup>. Un autore, ad esempio, approva questa scelta in quanto evita possibili problemi circa la definizione di consumatore ed il fatto che possa permanere in capo allo stesso soggetto la condizione di consumatore e professionista<sup>78</sup>. Un altro autore, invece, sottolinea che la scelta è apprezzabile in quanto le situazioni di crisi, per quanto diverse, si prestano al medesimo trattamento poiché è identico il risultato che si vuole ottenere<sup>79</sup>.

Entrambi i fronti presentano valide argomentazioni a sostegno delle proprie posizioni. Non potendo esprimere in questa sede una opinione articolata sul punto, è solo possibile segnalare che in altri ordinamenti ci sono stati tentativi di trattare le situazioni crisi di consumatori e imprenditori di modeste dimensioni con i medesimi strumenti<sup>80</sup>.

che hanno come protagonista l'impresa, vengono poste situazioni statiche, come è quella rappresentata da un patrimonio» (si veda ID., *Il sovraindebitamento. Il regime italiano*, cit., 696). Pur senza poter svolgere in questa sede delle riflessioni approfondite sul punto, sembra interessante notare che queste considerazioni richiamano alla mente la tradizionale distinzione tra diritto civile e diritto commerciale; un autore, in particolare, afferma che «l'ottica "proprietaria", in cui si muove il diritto civile, porta a cogliere prevalentemente gli aspetti statici della vita economica, e a privilegiare la sicurezza dei trasferimenti rispetto alla loro rapidità (...). L'ottica commercialistica, invece, è orientata a cogliere, promuovere e disciplinare la dinamica intrinseca nell'attività d'impresa e necessaria ai rapporti d'affari» (CORSI, *Diritto dell'impresa*, II ed., Milano, 2003, 3-4).

<sup>77</sup> Si vedano MACARIO, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, cit., 231; MAIMERI, *Presupposti soggettivi e oggettivi di accesso*, cit., p. 1032; CAIAFA, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 3-4/2012, 417.

<sup>78</sup> MACARIO, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, cit., 231.

<sup>79</sup> CAIAFA, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit., 417.

<sup>80</sup> A quanto pare la legge tedesca ha previsto «una procedura semplificata per la cosiddetta insolvenza del consumatore (*Verbraucherinsolvenzverfahren*): espressione questa imprecisa, perché riferita ad una procedura applicabile alle persone fisiche che non esercitano una autonoma attività economica, ma anche a quelle che esercitano un'autonoma attività economica di dimensioni modeste (304, 1° co.). L'esigenza di una differenziazione della disciplina della crisi delle imprese di dimensioni non trascurabili rispetto a quella della crisi degli altri debitori trova, dunque, puntuale conferma» (GUGLIELMUCCI, *La procedura concorsuale unitaria nell'ordinamento tedesco*, in *Giur. comm.*, 2000, 504 ss.). Successivamente però sembra sia stata apportata una modifica che ha ristretto l'ambito di operatività della procedura semplificata («*Originally, debtors with "only an insignificant business or professional activity" were also within*

Tuttavia, come accennato, non sembra possibile dare un giudizio in questa sede, poiché sarebbe necessario un esame complessivo di queste legislazioni straniere. Inoltre, è interessante notare che il nostro legislatore non sembra concepire la crisi del consumatore come una situazione del tutto statica. Infatti, anche se il consumatore è definito come il «debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta»<sup>81</sup>, una specifica attenzione viene dedicata alla sua capacità produttiva di reddito<sup>82</sup>.

In ogni caso, le critiche sopra riferite paiono trovare spazio prevalentemente in relazione alla disciplina dettata inizialmente dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3. Infatti, in seguito alle modifiche operate dal decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221, pare possibile individuare una differenziazione di trattamento, dal momento che è stato previsto uno strumento accessibile solamente dal consumatore allo scopo di venire incontro alle esigenze proprie di questa categoria<sup>83</sup>.

---

*the scope of the simplified proceeding. It turned out that even these minor businesses could produce more liabilities and creditors than the simplified manner could cope with. A recent amending statute (2001) has consequently restricted the scope of the simplified proceeding to business and professional debtors with no liabilities to employees and with less than 20 creditors. This measure has, in fact, restricted the proceeding almost completely to consumers».* FLESSNER, *National Report for Germany*, in MCBRYDE - FLESSNER - KORTMANN (a cura di), *Principles of European Insolvency Law*, Deventer, 2003, 316).

<sup>81</sup> Si veda l'art. 6, comma 2°, lett. b) della l. 27 gennaio 2012, n. 3, come modificata dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221.

<sup>82</sup> Una delle condizioni per l'esdebitazione, ai sensi dell'art. 14-terdecies della l. 27 gennaio 2012, n. 3 attualmente in vigore, è infatti che il debitore «abbia svolto, nei quattro anni di cui all'articolo 14-undecies, un'attività produttiva di reddito adeguata rispetto alle proprie competenze e alla situazione di mercato o, in ogni caso, abbia cercato un'occupazione e non abbia rifiutato, senza giustificato motivo, proposte di impiego».

<sup>83</sup> Così osservava un autore riguardo ai progetti di riforma proposti all'indomani della l. 27 gennaio 2012, n. 3, poi recepiti dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221 (PACIELLO, *Prime riflessioni (inevitabilmente) critiche sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 84-85).

## 5. Conclusioni

In conclusione, sulla base delle brevi considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, appare condivisibile l'opinione di generazioni di studiosi, secondo cui la distinzione tra imprenditore commerciale e agricolo, almeno ai fini della sottoposizione alla disciplina del fallimento, non ha ragione d'esistere. Infatti, la possibilità di accedere agli strumenti previsti dalla nuova disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento, da un lato colma una lacuna, ma dall'altro sembra rivelare in maniera ancor più manifesta l'infondatezza dell'esclusione dell'imprenditore agricolo dal fallimento e dal concordato preventivo. Perciò, sebbene il tema meriti uno specifico approfondimento<sup>84</sup>, viene da pensare che forse sarebbe stato più semplice e logico eliminare l'esclusione dell'imprenditore agricolo dalle procedure concorsuali previste nella legge fallimentare.

Con riferimento all'esclusione degli imprenditori di modeste dimensioni, invece, pare condivisibile l'intenzione di non gravare le strutture giudiziarie di casi che, considerati i costi tipici delle procedure ordinarie, si rivelerebbero antieconomici. In tali casi, come evidenziato dalla dottrina<sup>85</sup>, l'assenza di una procedura d'insolvenza può rivelarsi problematica e comportare comunque alti costi, perciò l'esistenza di una procedura più snella, purché efficace, può costituire una soluzione adeguata. Gli strumenti previsti dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3 attualmente in vigore sono sicuramente più snelli delle procedure ordinarie previste dalla legge fallimentare, resta da vedere se questi strumenti si dimostreranno anche efficaci.

---

<sup>84</sup> Si veda, ad esempio, RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, cit., 214 ss.

<sup>85</sup> Si veda, tra gli altri, STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia – Le procedure di insolvenza*, cit., 158-163.



**DAL *DECOCTOR ERGO FRAUDATOR* ALLA COMPOSIZIONE  
NEGOZIALE DELL'INSOLVENZA: IL "VIAGGIO"  
DELL'AUTONOMIA PRIVATA NEL DIRITTO FALLIMENTARE**

**Ivan Libero Nocera**

*Dottore di ricerca presso la Scuola Sant'Anna di Pisa*

*I nuovi strumenti di gestione della crisi d'impresa hanno comportato un radicale cambiamento di prospettiva rispetto alla visione tradizionale, intrisa di pesante paternalismo statale, dove la finalità delle procedure concorsuali era prettamente identificata nella garanzia del soddisfacimento delle pretese creditorie tramite la liquidazione dell'impresa e del patrimonio del debitore.*

*Con le recenti riforme, invece, la disciplina appare finalizzata alla conservazione dell'impresa insolvente con un aumento del ruolo dell'autonomia privata e del contratto in ambito fallimentare.*

*È interessante osservare come spazi di utilizzo dell'autonomia privata in sede concorsuale fossero già presenti nella vigenza dei codici ottocenteschi. Si rivela, quindi, utile un esame "archeologico", "scavando" nella normativa anteriore, allo scopo di osservare come dalla legislazione ottocentesca alle recenti riforme fallimentari sia possibile ravvisare spazi di autonomia contrattuale al fine di evitare il fallimento, tentando di ricercare soluzioni più efficienti alla crisi d'impresa.*

*The new tools utilized to manage companies' crisis demand a radical change of perspective versus the one traditionally adopted, which has always been full of heavy state paternalism, and according to which the purpose of bankruptcy proceeding has been to purely guarantee creditors' payments via the liquidation of debtors' assets.*

*The recent legislative reform aims instead to preserve the insolvent companies by increasing the importance of private autonomy and of bankruptcy-law contracts.*

*It is interesting to observe that the concept of private autonomy in bankruptcy law was already to some extent included in the nineteenth-century codes.*

*It would therefore be useful to proceed with an "archaeological" examination, "digging into" the older legislation. This would allow to*

*discover how, from the nineteenth century legislation to the recent bankruptcy law reforms, the concept of private autonomy has been applied to avoid bankruptcy and, therefore, identify more efficient solutions to companies' crisis.*

Sommario:

1. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un contratto per la gestione negoziale della crisi
2. Dalla finalità esclusivamente liquidatoria alla “cultura del salvataggio”
3. Il nuovo corso: diritto della crisi d’impresa e composizione negoziale dell’insolvenza
4. L’autonomia privata nel governo dell’insolvenza al tempo del codice di commercio
5. (*segue*) Il concordato stragiudiziale dopo la legge fallimentare del ‘42
6. Il fecondo incontro tra autonomia privata e insolvenza
7. La natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione dei debiti

## 1. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un contratto per la gestione negoziale della crisi

Nell'ambito della crisi macroeconomica, il legislatore ha tentato di fornire strumenti giuridici più adeguati a gestire le situazioni di crisi, agevolando la circolazione di ricchezze immobilizzate e la salvaguardia del valore d'impresa. Tali interventi hanno comportato un radicale cambiamento di prospettiva rispetto alla visione tradizionale, mutamento profondo quanto necessario per adeguare il diritto positivo al diritto dei privati già immanente al sistema degli affari, nella consapevolezza dell'esigenza di conformare ogni istituto ad un dato momento storico.

La tendenza alla conservazione dell'impresa insolvente e la sempre maggiore dilatazione dell'autonomia privata trovano un punto d'incontro nel nuovo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti delle imprese in crisi, introdotto nella disciplina fallimentare dal d.l. n. 35 del 2005 all'art. 182-*bis* e successivamente riformato dal d.lgs. n. 169 del 2007, dal d.l. n. 78 del 2010, nonché, da ultimo, dal d.l. n. 83 del 2012 (c.d. Decreto Sviluppo)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sugli accordi di ristrutturazione come riformati dalle recenti novelle si veda su tutti VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, 2012, Torino. È opportuno evidenziare che, sebbene il termine "ristrutturazione" rimandi principalmente alla finalità di riequilibrare le finanze dell'impresa conservando l'attività produttiva, l'istituto si adatta anche al perseguimento dell'obiettivo di prevenire l'insolvenza o anche di agevolare la liquidazione dell'impresa stessa. Infatti, il legislatore fa riferimento non ad una generale ristrutturazione economico-produttiva, ma, appunto, ad una "ristrutturazione dei debiti", perseguendo eventualmente in maniera indiretta il risanamento finanziario dell'impresa, senza tuttavia ostare ad una finalità integralmente liquidatoria. L'aspetto preventivo è considerato da OLIVA, *La privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 1999, p. 825, con riferimento alle convenzioni stragiudiziali, mentre in relazione agli accordi *ex art. 182-bis l. fall.*, la dottrina maggioritaria evidenzia l'eventuale finalità liquidativa, come osservato da PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, bor., tit. cred.*, 2006, I, p. 16; PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fall.*, 2006, p. 129; AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, in JORIO (diretto da) - FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna, 2007, p. 2538; *contra* FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 2005, p. 1459; MARANO, *La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Il Fall.*, 2006, p. 101; NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Il Fall.*, 2008, p. 708; VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, in NIGRO - SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, Napoli, 2006, p. 1093; ROVELLI, *Il ruolo del trust nella*



Tale istituto rappresenta uno strumento di gestione negoziale della crisi dove il giudice si limita ad apporre un “sigillo di qualità” ad un accordo già perfezionato dalle parti, se, in assenza di opposizioni fondate, riscontra il rispetto di determinati requisiti: il consenso con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento del passivo; la documentazione indicata dall’art. 161 l. fall.; la relazione di attuabilità dell’accordo redatta da un professionista con particolare riferimento all’idoneità ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori estranei all’accordo<sup>2</sup>.

Lo strumento degli accordi di ristrutturazione, considerato nella sua collocazione sistematica, costituisce un fecondo oggetto di studio. Nel nuovo diritto della crisi d’impresa, come novellato dalla stagione delle riforme fallimentari, si colloca infatti a metà strada tra una figura giuridica profondamente procedimentalizzata e l’autonomia privata dei contraenti. Da una parte, infatti, si osserva il nuovo concordato preventivo, procedura concorsuale in cui, sebbene la riforma abbia previsto una totale libertà di contenuto della proposta, rimane forte la connotazione giudiziale; dall’altra, si distingue l’indefinito “piano che appaia idoneo a consentire il risanamento” incluso dall’art. 67, comma 3, l. fall. tra le ipotesi di esenzione dall’azione revocatoria, che produce i suoi effetti a prescindere da qualsiasi controllo giurisdizionale e al di fuori di qualsiasi parvenza di condivisione contrattuale.

In posizione mediana si trovano gli accordi di ristrutturazione dei debiti previsti dall’art. 182-bis l. fall., istituto che si configura, al pari dei concordati stragiudiziali, come un ordinario contratto di diritto privato a formazione progressiva, soggetto dunque alla disciplina del codice civile<sup>3</sup>. Tale *figura iuris* presenta un momento giudiziale

---

*composizione negoziale dell’insolvenza di cui all’art. 182-bis l. fall.*, in *Trusts e att. fid.*, p. 398; *contra* Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Il Fall.*, 2008, p. 701.

<sup>2</sup> Si considerano dunque tali requisiti come condizioni dell’omologazione dell’accordo e non presupposto ovvero elemento dello stesso come invece sostiene LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Il Fall.*, 2008, p. 995.

<sup>3</sup> L’accordo è infatti «un fenomeno della vita sociale disciplinato dal diritto» (BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 1987, p. 210), «elemento centrale» (BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Sillogie in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1993, p. 54) e «il più caratterizzante» (ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA - ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, p. 23) del contratto. Sulla natura contrattuale dell’istituto si veda Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Il Fall.*, 2007, p. 187; C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi*

nell'accertamento della sussistenza di determinati requisiti di affidabilità funzionali al fine di ricevere l'*imprimatur* dell'omologazione da parte del Tribunale, necessario per la produzione degli effetti relativi ai creditori rimasti estranei all'accordo, ovvero l'esenzione dalla revocatoria degli atti del debitore posti in essere in esecuzione dell'accordo.

Questa esenzione rappresenta uno strumento eccezionale al mero scopo di agevolare la ristrutturazione dei debiti, e dunque non suscettibile di applicazione estensiva agli atti che, pur inclusi nell'accordo non si pongono "in esecuzione" del piano di ristrutturazione, ovvero che non risultano funzionali ad esso<sup>4</sup>. Non si può dunque dilatarne la portata comprendendo anche gli atti realizzati dai vari creditori partecipanti in occasione o in funzione dell'accordo, e non equilibrati da un punto di vista sinallagmatico.

Il negozio giuridico assume quindi le vesti di una componente essenziale per la soluzione della crisi dell'impresa.

## **2. Dalla finalità esclusivamente liquidatoria alla "cultura del salvataggio"**

Vale evidenziare come la disciplina che risulta dalle ultime riforme fallimentari appare fortemente caratterizzata in senso privatistico. Tale elemento che qualifica il nuovo diritto della crisi d'impresa segna una chiara inversione di tendenza rispetto alla tradizionale impostazione autarchica e paternalistica che connotava invece l'originaria versione della legge fallimentare del 1942.

Infatti, la normativa coeva al codice civile era, come questo, espressione della concezione corporativa che predicava l'intervento pubblico nell'economia e operante in un contesto economico connotato

---

*d'impresa e ruolo del giudice*, in *Il Fall.*, 2006, p. 188; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 131; NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 704; MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 307.

<sup>4</sup> Si considerino ad esempio gli atti con i quali il debitore conferisce i beni rimanenti dell'azienda o comunque del suo patrimonio ai suoi eredi o a terzi, dopo avere soddisfatto tutti i creditori aderenti, oppure a prescindere dalla soddisfazione dei creditori o in ogni caso alla continuità dell'attività di impresa.

dalla presenza predominante di piccole imprese individuali in cui il capitale reale tendeva a coincidere con quello di credito - era ancora fortemente impregnata dal carattere sanzionatorio che tradizionalmente caratterizzava il soggetto fallito<sup>5</sup>. Quest'ultimo era considerato «male infettivo da circoscrivere (...) e distruggere secondo un interesse supremo e statutale alla tutela dell'economia e del credito»<sup>6</sup>. Di conseguenza, era necessario l'immediato spossessamento, in particolare dei beni aziendali, e la preclusione di ogni potere d'influenza sulle modalità di compimento della liquidazione.

La finalità delle procedure concorsuali (considerando anche la scarsa diffusione nella prassi degli istituti del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata<sup>7</sup>) era prettamente identificata nella

---

<sup>5</sup> Il particolare rigore che caratterizzava il procedimento concorsuale contro il debitore insolvente, il cui fallimento comportava l'infamia, oltre a sanzioni penali indipendentemente dall'accertamento della presenza della frode (*decoctor ergo fraudator*), discende direttamente dallo *ius mercatorum*, al quale a sua volta trae ispirazione dal diritto germanico e dal diritto romano. Sul punto vale richiamare SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964; GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1980, p. 50; PRESTI - STANGHELLINI - VELLA (a cura di), *Il debitore civile: dalla prigione per debiti all'esdebitazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2, 2004; DI MARZIO, *Dal ceppo della vergogna alle soluzioni concordate della crisi d'impresa. Nota apologetica sul nuovo 'diritto fallimentare'*, in *www.ilcaso.it*, 2012. Del resto l'art. 543 del codice di commercio del 1865, rievocando le sanzioni penali, recita «Il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti, è in istato di fallimento», con una formula confermata dal successivo codice del 1882.

<sup>6</sup> Così D'AVACK in *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940, p. 25. Toni meno crudi erano utilizzati per esprimere il medesimo concetto da EINAUDI, in *Intorno al credito industriale - Appunti*, in *Riv. soc. comm.*, 1911, p. 119, laddove sosteneva che per uscire dalla crisi fosse necessario «lasciar fallire coloro che non sono in grado di vivere. Le crisi industriali si sono sempre vinte in questa maniera: ed ancora non se ne è inventata un'altra». Emergeva quel meccanismo definito «visione darwiniana dell'economia» da JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 513. Del resto il codice di commercio del 1882 considerava il fallimento «come un fenomeno morboso che si deve prevenire con gravi sanzioni» e non come «una necessità fisiologica del commercio di cui il fallito non è che una vittima» (così VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, *I commercianti*, Milano, 1906, p. 453). Tale concezione fu supportata fino ad anni a noi più vicini in special modo dalla dottrina anglosassone come ARGENTI, *Corporate Collapse: The Causes and Symptoms*, Londra, 1976, p. 170.

<sup>7</sup> Le c.d. procedure concorsuali minori hanno riscontrato un modesto successo in ragione dei rigidi criteri di ammissione, non sortendo inoltre l'effetto deflattivo sperato rispetto alle lentezze della procedura fallimentare; ciò sia riguardo al concordato

garanzia del soddisfacimento delle pretese creditorie tramite la liquidazione dell'impresa e del patrimonio del debitore. A questa corrispondeva però, indirettamente, la soddisfazione dell'interesse dello Stato alla tranquillità dei traffici e del mercato, affinché le risorse aggregate nell'impresa fallita potessero essere utilizzate in impieghi più produttivi<sup>8</sup>.

Il perseguimento dello scopo di tutela del ceto creditorio<sup>9</sup> attraverso la liquidazione ha limitato anche l'applicazione dell'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento: unico istituto contemplato dalla disciplina fallimentare che avrebbe potuto realizzare l'interesse alla conservazione degli organismi produttivi e dei posti di lavoro, subordinandolo comunque alla salvaguardia dell'interesse dei creditori che si concretizza tramite la cessione a terzi dell'azienda. Non si consentiva a soggetti terzi di intrattenere rapporti con l'impresa in

---

preventivo con cessione dei beni, il quale raramente assicurava il pagamento del quaranta per cento dei crediti chirografari, sia con riferimento all'amministrazione controllata, che non disciplinava in alcun modo l'eventualità del risanamento dell'impresa, ed alla quale molto spesso seguiva il fallimento, essendo l'iniziativa posta nelle concitate mani del debitore. In proposito si veda QUATRARO, *Manuale delle procedure concorsuali minori*, Milano, 1982, p. 557; MAFFEI ALBERTI, *Amministrazione controllata: una procedura da abolire*, in *Giur. comm.*, 1985, I, p. 961; CAVAZZUTI, *L'amministrazione controllata da procedura più lunga a procedura «più larga»*, *ibidem*, 1982, II, p. 613; BONSIGNORI, *Il fallimento*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, IX, Padova, 1986, p. 3.

<sup>8</sup> Sugli interessi pubblicistici e privatistici ai quali mirava la disciplina del fallimento si richiama R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1962, p. 12; FERRARA - BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 46; A. MAFFEI ALBERTI, *La conservazione dell'attività di impresa nelle procedure concorsuali vigenti*, in *Liquidazione o conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali*, Atti del Convegno S.I.S.C.O., 10-11 marzo 1995, Milano, 1996, p. 19; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996; ABETE, *Il concordato stragiudiziale (tra autonomia privata e par condicio)*, in *Dir. fall.*, 2002, p. 666; STANGHELLINI, *Gli obiettivi delle procedure concorsuali*, in JORIO (a cura di), *Nuove regole per le crisi d'impresa*, Milano, 2001, p. 301. In proposito vale ricordare la relazione alla legge fallimentare del ministro guardasigilli il quale al punto 3 dispone che «la legge fallimentare (...) vuole assicurare una più energica tutela agli interessi generali rispetto a quelli individuali dei creditori e del debitore».

<sup>9</sup> In proposito, giova rammentare come ROCCO, in *Il fallimento*, Torino, 1917, ritenesse l'insolvenza «momento conclusivo di una continua condotta dolosa con cui il decotto, deliberatamente, ha voluto arrecare pregiudizio agli interessi dei suoi creditori».

crisi, preferendo distruggere di fatto la ricchezza aziendale cessandone l'attività<sup>10</sup>.

Lo scopo essenzialmente liquidatorio era, infatti, reputato quale fattore di equilibrio del mercato, che, una volta eliminata l'impresa "contaminata", poteva continuare ad essere ispirato alla regola della concorrenza<sup>11</sup>.

La disciplina è stata dunque per molti lustri segnata da una procedura sanzionatoria di realizzazione della responsabilità patrimoniale, espressione di una visione di Stato "giudice-amministratore", che mirava a soddisfare le pretese creditorie all'interno, tuttavia, di un quadro d'interesse macroeconomico diretto a una nuova riallocazione del capitale<sup>12</sup>.

In seguito alla maggiore diffusione e implementazione di forme organizzative quali le società per azioni, alla ricorrenza di periodi di recessione economica e alla perdita di omogeneità del ceto creditorio (con la sempre maggiore rilevanza delle aziende dell'indotto), è emerso, accanto all'imprenditore, l'impresa in quanto tale, come attività economica organizzata. Questa era rimasta sullo sfondo normativo, come conferma la circostanza che lo stesso codice civile, coevo alla legge fallimentare, concentra maggiore attenzione alla disciplina dei diritti reali e del possesso, rispetto ai fenomeni della

---

<sup>10</sup> Sul punto si veda RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, p. 124; CAVALAGLIO, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 234; JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., p. 498. In merito si rinvia inoltre alle osservazioni di BONSIGNORI, *Il fallimento sempre più inattuale*, in *Dir. fall.*, 1996, p. 697.

<sup>11</sup> Sottolinea tale aspetto DE SENSI, *L'etica del fallimento*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, p. 167.

<sup>12</sup> Sul punto VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit, p. 234, affermava che «l'istituto del fallimento non appartiene alle leggi sostanziali perché non si propone di determinare quali sono i diritti, ma appartiene piuttosto alle leggi processuali, perché ha essenzialmente lo scopo di far conoscere diritti già esistenti all'apertura del fallimento». In proposito si veda PACCHI PESUCCI, *La posizione dei creditori nella legge di riforma italiana*, in RAGUSA MAGGIORE - TORTORICI (a cura di), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa. Prospettive di riforma*, Padova, 2002, p. 430; BONGIORNO, *Il tramonto del carattere sanzionatorio del fallimento nella riforma del sistema normativo concorsuale: dall'infamia alla premiazione dell'imprenditore dissestato*, ivi, p. 210; LOMBARDI COMITE, *L'interesse pubblico nella impresa privatizzata in crisi*, ivi, p. 588.

finanza e dell'impresa, la quale non viene neppure definita come concetto in sé.

L'interesse alla tutela dei creditori, da un lato, e l'interesse pubblico ad evitare la perdita di posti di lavoro, dall'altro, sono stati spesso ritenuti antitetici, tanto che certa dottrina si è spinta a sostenere che le procedure concorsuali dovrebbero essere dirette a soddisfare interessi contrastanti con quelli dei creditori<sup>13</sup>.

Tuttavia, è opportuno evidenziare come tra i suddetti interessi non sia inevitabile un rapporto disocratico, potendo verificarsi l'ipotesi in cui l'impresa sia dotata di valore di avviamento senza necessità di una ristrutturazione industriale. Di conseguenza, tramite la continuazione dell'attività di impresa si soddisfa l'esigenza del ceto creditorio alla monetizzazione del suo valore di avviamento, mantenendo al contempo i posti di lavoro dei dipendenti<sup>14</sup>. Pertanto, è stato affiancato alla liquidazione, fino ad allora scopo unico della disciplina fallimentare, l'obiettivo della conservazione e del ricollocamento nel mercato del complesso produttivo per mezzo della definizione delle pretese dei creditori, nell'auspicio che ciò possa avere effetti positivi a livello economico.

Giova comunque ricordare come il legislatore italiano anche nella vigenza dei codici ottocenteschi non si fosse rivelato sordo alla possibilità di una "via di fuga" dal fallimento. Infatti, oltre a prevedere timidi esempi di soluzioni negoziali quali la moratoria (che si approfondirà nei successivi paragrafi), aveva mostrato interesse per l'esdebitazione, tramite il pagamento in percentuale dei crediti dell'imprenditore non più *in bonis* ma in una situazione di dissesto temporaneo, con l'introduzione dell'istituto del concordato preventivo, attuato con le leggi n. 197 del 1903, n. 473 del 1925, n. 995 del

---

<sup>13</sup> Cfr. in merito D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 66; ID., *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 2001, p. 412.

<sup>14</sup> Sul punto si veda STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p. 69. Infatti la conservazione degli *assets* e del plusvalore dei complessi aziendali rispetto ai singoli beni, che viceversa in caso di liquidazione atomistica del patrimonio sarebbero dispersi, non può che perseguire l'interesse dei creditori.

1930<sup>15</sup>. In tal modo si perseguiva l'obiettivo di soddisfare l'esigenza di garantire i creditori e di escludere il fallimento, permettendo al debitore meritevole di continuare la propria attività sgravata da parte del passivo e di evitare quindi, come osservava Bonelli «la vergogna e la diminuzione che porta con sé il fallimento»<sup>16</sup>.

Nell'applicazione pratica il concordato aveva tuttavia perso l'iniziale finalità conservativa rivelandosi un mezzo utilizzabile dal debitore per superare la crisi e soddisfare i creditori con la cessione dei beni, giacché altrimenti non avrebbe ottenuto il consenso del ceto creditorio.

In occasione della crisi della cultura liberale classica si incrementa l'interesse alla conservazione dell'impresa. Nondimeno, la successiva legge fallimentare di cui al r.d. n. 267 del 1942, recependo le indicazioni della prassi, introduce quindi la *cessio bonorum*, senza far riferimento all'esigenza di tutelare la continuazione dell'impresa, considerata al massimo mero strumento, privilegiando invece l'interesse dei creditori come fine primario della procedura<sup>17</sup>.

Con la prevalenza di un modello di impresa in cui si osserva rispetto al capitale di rischio una netta preponderanza di capitale di credito nonché la maggiore rilevanza dei beni immateriali, si assiste ad una "esternalizzazione del rischio", giacché in caso di fallimento il costo dell'attività di rischio grava sul capitale di credito.

Si riscontra, infatti, che in alcuni casi, come qualora i debiti dell'imprenditore siano maggiori del valore dell'impresa produttrice di ricchezza<sup>18</sup>, i creditori - che nel corso della crisi subiscono una sorta di

---

<sup>15</sup> Si veda in merito BOLAFFIO, *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1932, p. 2 e le riflessioni di CARNELUTTI, in *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, p. 676.

<sup>16</sup> Così BONELLI, in *Del fallimento*, in ANDRIOLI (a cura di), *Commentario al cod. comm.*, III, Milano, 1939, p. 437. Basti pensare al termine utilizzato per la caratterizzazione della procedura, ovvero la parola "fallimento" dalle caratteristiche oggettivamente e soggettivamente negativi, mentre nell'ordinamento statunitense è stato adottato il vocabolo "*bankruptcy*" che deriva da "bancarotta", termine che nell'antico Medioevo identificava il mercante insolvente cui veniva appunto rotto il banco che utilizzava per la propria attività commerciale.

<sup>17</sup> Cfr. in proposito Cass., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Il Fall.*, 1991, p. 1248, con nota di PANZANI.

<sup>18</sup> In questa fattispecie, nella quale il valore dell'impresa mantenuta in esercizio è superiore al suo valore di liquidazione dato dalla somma dei suoi componenti, si suole dire che l'impresa è munita di un valore di *going concern*.

patto leonino in quanto sono di fatto fornitori del capitale di rischio senza percepire gli utili né avere il controllo dell'impresa - sarebbero maggiormente tutelati nell'ipotesi di prosecuzione dell'attività di impresa. In questo modo possono infatti ottenere almeno parte del pagamento del loro credito grazie alla valorizzazione del patrimonio del debitore<sup>19</sup>.

Giova peraltro ricordare che nel panorama italiano sono per lo più le banche a costituire spesso la parte più consistente del ceto creditorio creando quello che viene spesso definito come “multibancarizzazione delle vie di crescita”, stante il loro intervento nello stesso credito commerciale per mezzo degli strumenti di anticipazione su fatture e la marginale emissione di strumenti finanziari di debito. A ciò deve aggiungersi la diffusa e costante sottocapitalizzazione delle imprese con molto credito a breve termine, utilizzato per la gestione ordinaria, e poco credito a medio e lungo termine, finalizzato al finanziamento degli investimenti ed alle strategie di crescita<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> In merito STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 25, parla di creditori come “soci senza diritti”; si veda inoltre ID., *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1075; LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 332. Quest'ultimo autore osserva in particolare che «quando i risultati negativi abbiano bruciato l'investimento di rischio, fermo restando che sembra ragionevole concedere a chi abbia investito a rischio un'opzione privilegiata nel rinnovare l'investimento, se ciò non avviene e il capitale di rischio risulti azzerato e non rinnovato, la legittimazione alla gestione dell'impresa, ormai qualificata come in crisi perché incapace di produrre reddito per soddisfare nella naturale sequenza economica i debiti assunti, scende di uno scalino: passa cioè dall'investimento di rischio, che non c'è più, al capitale di credito, senza traumi particolari. Lo spossamento del debitore insolvente si traduce *tout court* nell'impossessamento della nuova classe di portatori d'interesse, postergata nella gestione dell'impresa rispetto all'investimento di rischio finché l'impresa sia *in bonis*, privilegiata rispetto a ogni altro quando l'impresa sia caduta in crisi». Per un'approfondita indagine economica si veda BARONTINI, *Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali*, in CAPRIO (a cura di), *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia: un'analisi economica*, Milano, Studi e ricerche del Mediocredito Lombardo, 1997, n. 17, p. 79.

<sup>20</sup> Cfr. GOBBI, *Tendenze evolutive del rapporto banca-impresa in Italia*, in MONFERRÀ (a cura di), *Il rapporto banca-impresa in Italia*, Roma - Milano, 2007, e CERRINA FERONI - MORBIDELLI, *Banca e impresa. Nuovi scenari, nuove prospettive*, Torino, 2008.



Tali considerazioni, unite alla ben più forte esigenza pubblica di garantire la conservazione di livelli occupazionali<sup>21</sup>, hanno contribuito al passaggio da una visione meramente patrimonialistica ad una prospettiva funzionalistica e sociale dell'impresa, compiuta dalla c.d. legislazione di salvataggio iniziata negli anni settanta.

Il primo mutamento di prospettiva nella disciplina fallimentare è tuttavia riscontrabile già nella carta costituzionale laddove nell'art. 41, comma 2, ma anche negli artt. 35 e 36 è rintracciabile un'indicazione a favore della salvaguardia dei complessi produttivi<sup>22</sup>: agli obblighi

---

<sup>21</sup> Sul punto cfr. ALLEVA, *Fallimento e tutela dei diritti dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 221; CASELLI, *La crisi aziendale*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubblico dell'economia*, III, Padova, 1979, p. 624; FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, p. 8. Si ricorda che l'insolvenza del datore di lavoro non influisce sulla salvaguardia dei diritti dei lavoratori nel senso che la tutela dei loro interessi è equivalente a quella in caso di cessione dell'azienda fatta da un imprenditore *in bonis*: quindi perdurano i diritti acquisiti (art. 2112 c.c. e art. 47 della legge n. 428 del 1990 come modificato dal d.lgs. n. 18 del 2001); è previsto inoltre un fondo di garanzia per le retribuzioni non corrisposte dal datore di lavoro (d.lgs. n. 80 del 1992); è infine stabilito che il fallimento del datore di lavoro non può integrare una giusta causa di licenziamento (art. 2119 c.c.) ma comportare la cessazione del rapporto solo nei limiti del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. In ipotesi invece di liquidazione dell'attivo nella procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese si considera esplicitamente in maniera povera la conservazione dei complessi aziendali in attività e dunque il mantenimento dei livelli occupazionali (art. 63 d.lgs. n. 270 del 1999).

<sup>22</sup> Sul tema cfr. ANDRIOLI, *Incidenza della Costituzione nella materia fallimentare*, in *Banca, bor., tit. cred.*, 1960, p. 399; MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, bor. e tit. cred.*, 1997, p. 1; Atti del Convegno di Vicenza del giugno 1989 su *La Corte Costituzionale e le procedure concorsuali tra legislatore inerte e giudice solerte*, in *Il Fall.*, 1990, p. 113; ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 2. Si ricorda in particolare in merito all'art. 41 Cost. la lettura "sociale" e "dirigista" dell'iniziativa economica privata, che considerava il comma 2 dell'art. 41 Cost. come norma di coordinamento fra i principi costituzionali, e che riteneva quindi l'utilità sociale come elemento interno all'essenza della libertà di iniziativa privata (cfr. le analisi di PERLINGIERI, *Sull'attività della Corte Costituzionale*, in *Dir. giur.*, 1976, p. 489; e BELVISO, *Il concetto di «iniziativa economica privata» nella Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 156). A tale idea di "funzionalizzazione sociale" ha fatto seguito la concezione che distingueva il profilo dell'iniziativa, espresso dal primo comma, da quello del suo svolgimento, individuando dunque nell'utilità sociale un principio-valvola di adattamento dell'ordinamento al mutare degli atti sociali; in questo caso tuttavia l'utilità sociale è considerata come limite "esterno", nell'ambito del quale l'individuo possa esercitare la propria autonomia (cfr. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova,

disposti dall'art. 2088 c.c. a carico dell'imprenditore di uniformarsi ai principi dell'ordinamento corporativo si sostituisce la riserva legislativa di imporre programmi per indirizzare a fini sociali l'iniziativa economica. Risulta quindi possibile inquadrare la crisi come elemento fisiologico della vita dell'impresa tutelata costituzionalmente dall'art. 41, che giustifica dunque un intervento pubblico nella sfera di libertà economica solo in presenza di una previsione di legge<sup>23</sup>.

Tuttavia, come si ricordava, solo negli anni settanta, per far fronte alla recessione economica e al verificarsi di dissesti di rilevanza tale da oltrepassare l'ambito dei soggetti legati all'imprenditore da rapporti obbligatori, il legislatore ha posto in essere interventi esplicitamente volti alla conservazione dell'attività dell'impresa in crisi.

Si fa riferimento specialmente alle normative quali la legge n. 184 del 1971 che istituiva la finanziaria pubblica GEPI (Società per le Gestioni e Partecipazioni Industriali) con il compito di entrare temporaneamente nel capitale di aziende private in crisi e di agevolarne la ristrutturazione; la legge n. 675 del 1977 sulla riconversione e ristrutturazione industriale<sup>24</sup>; la legge n. 391 del 1978, che ha modificato l'art. 187 l. fall. sull'amministrazione controllata; e la n. 95 del 1979 c.d. "legge Prodi" relativa alla regolamentazione della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, oggetto di ben due condanne all'Italia da parte della Corte di Giustizia<sup>25</sup>, che ha qualificato la procedura come aiuto di Stato illegittimo<sup>26</sup>.

---

1983, 117; ID., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, V, p. 380).

<sup>23</sup> Si veda in merito GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, p. 15.

<sup>24</sup> Per la critica a tale normativa, che tenta di superare lo scopo essenzialmente liquidatorio della procedura tutelando il fattore lavoro, si veda su tutti COLESANTI, *Gli interventi amministrativi nella crisi d'impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 411; JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, cit., p. 519.

<sup>25</sup> Corte di Giustizia, 17 giugno 1999, n. 295-97/1999, in *Il Fall.*, 1999, p. 1183.

<sup>26</sup> Sulla legislazione degli anni settanta si veda in generale GAMBINO, *Tutela del debitore e dei creditori nelle procedure concorsuali conservative dell'impresa*, in *Giur. comm.*, I, 1982, p. 713; TARZIA, *I creditori nell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, I, 1982, p. 727; GALIOTO - PALUCHOWSKI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1991, p. 17. Si vedano inoltre gli atti del convegno tenuto a Verona il 28 - 29 ottobre 1977 su *L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, i cui atti sono pubblicati in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 222. Più

Si mutava così la gerarchia degli interessi, tentando di perseguire in via preferenziale il salvataggio dell'impresa, intesa questa come valore di interesse anche collettivo e pubblico<sup>27</sup>.

Tuttavia, questo corpo normativo, senza effettuare una riforma radicale della disciplina concorsuale, era diretto al mantenimento in vita delle sole imprese di grandi dimensioni, spesso anche contro l'interesse dei creditori, allocando sulla collettività il costo del risanamento dell'impresa in dissesto. Tale complesso di leggi ha consentito comunque l'introduzione nel nostro ordinamento di alcuni concetti innovativi, tra cui la disciplina della crisi di "gruppo", ancora oggi non disciplinata dalle procedure fallimentari ordinarie<sup>28</sup>.

In aggiunta, è opportuno ricordare anche la diffusione di fenomeni quali il credito al consumo, il *leasing* finanziario e la ricerca di nuove forme di garanzie volte ad evitare lo spossessamento del debitore, che

---

recentemente in scia con le suddette leggi si sono poste il d.lgs. 270 del 1999 sull'amministrazione straordinaria (c.d. legge "Prodi-bis"), volta a tutelare sia il diritto dei creditori a vedere soddisfatto il proprio credito, sia il valore rappresentato dall'impresa per la collettività, e la legge n. 39 del 2004 (c.d. legge "Marzano") sulle misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza modificato in occasione della "crisi Alitalia" con la legge n. 166 del 2008, sui quali si veda BONFATTI, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (Legge "Marzano")*, in *Il Fall.*, 2004, p. 363; LO CASCIO, *Insolvenza Alitalia: nuova versione dell'amministrazione straordinaria*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1115; ID., *Gruppo Alitalia: conversione del decreto legge sull'insolvenza*, *ibidem*, p. 1365; FABIANI - STANGHELLINI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell'amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1337. In ogni caso sia la legge "Prodi" che la legge "Prodi-bis", tuttavia, non sono mai state in grado nella pratica di permettere un effettivo risanamento aziendale sfociando sempre in durevoli procedimenti di liquidazione.

<sup>27</sup> In proposito alla legge "Prodi" in particolare RORDORF, *Le procedure concorsuali e la par condicio fra diritto positivo, usi alternativi e prospettive di riforma*, in *Quaderni del C.S.M.*, Frascati, 1988, p. 23, affermava che «la gerarchia degli interessi è ribaltata non già per mano della giurisprudenza, sollecitata dalle circostanze, caso per caso, ad un alternativo delle procedure concorsuali, bensì dal legislatore stesso e quindi con una valenza generale ed astratta e con riflessi sistematici sull'intera normativa concorsuale».

<sup>28</sup> Si veda in proposito, *ex multis*, LO CASCIO, *Lineamenti generali della riforma societaria e fallimentare: luci ed ombre*, *ivi*, 2009, p. 1028; e ABETE, *L'insolvenza nel gruppo e del gruppo*, in *Il Fall.*, 2009, p. 1111.

sottolineano maggiormente l'esigenza di conservazione delle componenti positive dell'impresa<sup>29</sup>.

Il sistema economico, sempre più articolato e in rapida evoluzione, avvertiva l'esigenza di regole flessibili finalizzate non solo alla soddisfazione dei creditori, ma, soprattutto, al risanamento dell'impresa mediante il ritorno *in bonis* dell'imprenditore, ovvero, qualora ciò non fosse possibile, dirette a tentare la conservazione collocando i complessi aziendali presso terzi<sup>30</sup>.

A tal fine, si è reso necessario un ampio mutamento di regole sfociate nella c.d. stagione delle riforme fallimentari. Queste hanno impresso una notevole modernizzazione alle procedure concorsuali, rese ancora più urgenti da importanti scandali finanziari all'inizio degli anni duemila<sup>31</sup>. Gli obiettivi che il legislatore della riforma ha tentato di perseguire sono: la riduzione dei costi e dei tempi delle procedure, una più tempestiva emersione della crisi, e, appunto, l'implementamento

---

<sup>29</sup> Il credito al consumo originariamente regolato dalla legge n. 142 del 1992 è stato poi disciplinato dal Testo unico bancario (d.lgs. 385 del 1993). In tema cfr. ALPA, *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 6 e GORGONI, *Credito al consumo e «leasing» traslativo al consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1123. È noto lo sviluppo di nuove forme di garanzie come il pegno rotativo, il pegno su beni immateriali quali la *floating charge* ed il pegno su marchio di impresa, sui quali si veda tra gli altri BARILLÀ, *Pegno rotativo e discipline anomale di pegno* in CIAN - ORLANDO (a cura di), *Studium Iuris*, 2002, p. 3; GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi dell'impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, in *Banca d'Italia, Quad. ric. Giur.*, Roma, 2000, n. 51; GABRIELLI, *Garanzie rotative, garanzie fluttuanti e trust. Problemi generali*, in *Trusts e att. fid.*, 2002, p. 518; SALOMONE, *Pegno su marchio d'impresa: nuova garanzia per il credito industriale*, in *Impresa*, 2003, p. 457.

<sup>30</sup> Secondo gli economisti, infatti, il fallimento è diretto, tra i vari obiettivi, a perseguire la c.d. efficienza intermedia, ovvero quella relativa alle imprese in crisi prima dell'avvio di procedure concorsuali nella fase di c.d. *pre-insolvency*, e richiede strumenti che favoriscano la tempestiva emersione dello stato di difficoltà, scongiurando al pari condotte eccessivamente rischiose (c.d. *over-investments*) al fine di evitare l'insolvenza. Le operazioni azzardate, infatti, comportano costi sopportati maggiormente dai creditori, oltre ad avere come effetto la riduzione dell'incentivo ad investimenti con valore atteso positivo ma poco rischiosi, giacché diminuirebbero la variabilità dei rendimenti a svantaggio degli azionisti (c.d. *under-investments*). Si veda in proposito FIMMANÒ, *L'allocatione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, I, p. 57.

<sup>31</sup> Si fa riferimento agli eclatanti casi di Volare Web, Cirio, Parmalat, su cui DEMATTÉ, *Parmalat e Cirio: l'occasione per cambiare*, in *Econ. & Man.*, n. 2, 2004, p. 3.

dell'autonomia delle parti nella gestione della crisi e la continuazione dell'attività d'impresa<sup>32</sup>.

La stagione delle riforme della disciplina concorsuale, ha risposto altresì ad un'esigenza di omogeneità con le normative vigenti negli altri paesi dell'Unione Europea, dove risulta sempre più manifesta la necessità di approntare strumenti giuridici volti al risanamento dell'impresa<sup>33</sup>. Del resto, la stessa Commissione Europea ha delineato alcuni orientamenti in materia di salvataggi e ristrutturazioni nella Comunicazione agli Stati membri n. 288/02 del 1999 laddove, nel quadro del mercato concorrenziale, si prevedono i c.d. aiuti alla ristrutturazione al fine di consentire un recupero dell'efficienza aziendale in un ragionevole periodo di tempo.

### **3. Il nuovo corso: diritto della crisi d'impresa e composizione negoziale dell'insolvenza**

Come detto, la costruzione di tale "secondo binario" della disciplina delle procedure concorsuali, ovvero l'affermazione della "cultura del salvataggio" accanto alla finalità liquidativa, costituisce uno dei tratti essenziali della normativa fallimentare dopo le riforme di cui al d.l. n. 35 del 2005 convertito con modificazioni dalla legge n. 80 del 2005, cui sono seguite le novelle apportate con i d.lgs. n. 5 del 2006 e n. 169 del 2007, unitamente all'ampliamento del raggio dell'autonomia privata in ambito concorsuale<sup>34</sup>. Questa, declinata come autonomia

---

<sup>32</sup> Da un'indagine empirica effettuata da BARONTINI, *Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali*, cit., p. 79, considerando un campione di imprese entrate in procedura nel periodo 1981 - 1995, era infatti emersa una durata media del fallimento tra i cinque e i sei anni, con un rimborso del solo 10% per i creditori chirografari, e del 36,5% per i creditori privilegiati, senza considerare i casi di chiusura per insufficienza dell'attivo che riguardano il 43% dei fallimenti.

<sup>33</sup> Oltre ai meccanismi di composizione negoziale dell'insolvenza finalizzati alla conservazione dell'impresa, gli obiettivi del legislatore comprendevano essenzialmente l'eliminazione delle conseguenze afflittive della dichiarazione di fallimento nei confronti dell'imprenditore persona fisica, la velocizzazione della procedura, e la riduzione della soglia di fallibilità.

<sup>34</sup> Tale prospettiva attraversa orizzontalmente le recenti riforme che hanno caratterizzato l'ordinamento giuridico. Paradigmatica in tal senso è la norma che, nella novella che ha interessato il diritto societario, sostituisce il divieto di compiere nuove operazioni con il più elastico dovere di conservare l'integrità ed il valore del patrimonio

negoziale dei soggetti coinvolti nella composizione della crisi, costituisce il perno della nuova disciplina di gestione dell'insolvenza<sup>35</sup>.

La disciplina si mostra dunque profondamente rivoluzionata, in quanto si è sostituita ad una normativa "monocentrica", imperniata sul procedimento di liquidazione collettiva del patrimonio del debitore-imprenditore, una sistematica "pluricentrica" che traborda i tradizionali argini della legge fallimentare e delle sue categorie per comprendere concetti di portata innovativa, come la crisi d'impresa, termine emancipato dal suo alveo naturale economico-aziendale e oramai divenuto patrimonio giuridico.

Le recenti novelle alla disciplina fallimentare hanno comportato, infatti, un radicale mutamento di prospettiva da parte del legislatore, una sorta di rivoluzione kantiana al contrario, che pone l'oggetto-impresa, più che il soggetto imprenditore al centro della disciplina del nuovo diritto della crisi d'impresa. In altre parole, la finalità dell'ordinamento è maggiormente volta a preservare il valore dell'impresa in sé, a prescindere dal soggetto imprenditore che la gestisce.

Tale radicale trasformazione ha reso necessaria un'inversione d'impostazione rispetto al quadro normativo previgente, con un approccio alla crisi che mostra il fallimento essenzialmente come un'opzione dei creditori, i quali, ribaltando l'impostazione di tipo autarchico e paternalistico, assurgono a protagonisti attivi della crisi, con un aumento dello spazio di esercizio della loro autonomia, cui

---

sociale (art. 2486 c.c.). Al pari giova richiamare l'ampiezza dei poteri dei liquidatori, ai quali può essere attribuita la facoltà di porre in essere tutti gli atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, compreso l'esercizio provvisorio, anche di singoli rami d'azienda, in funzione del miglior realizzo (art. 2487 c.c.).

<sup>35</sup> Come si legge nella relazione al d.l. 35 del 2005, infatti, le soluzioni fondate sull'iniziativa privata sono volte al «fine di evitare che situazioni che appaiono meritevoli di tutela siano invece travolte dall'esercizio, sovente strumentale, delle azioni giudiziarie». La riduzione della latitudine della discrezionalità del giudice risponde del resto all'esigenza di realizzare un coordinamento tra la disciplina fallimentare e il principio del giusto processo previsto dal novellato art. 111 Cost., come osserva LO CASCIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in FAUCEGLIA (a cura di), *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova disciplina del fallimento. La recente disciplina della revocatoria*, Napoli, 2005, p. 64; ID., *Gli organi e la tutela giurisdizionale nella prospettiva di riforma*, in *Il Fall.*, 2004, p. 981; FERRI, *Tutela giurisdizionale nei procedimenti di composizione concordata e liquidazione*, in *Il Fall.*, suppl. n. 12, 2004, p. 50.

corrisponde il simmetrico ridimensionamento dei poteri gestori del giudice<sup>36</sup>.

Da un punto di vista sistematico si assiste quindi al declino normativo del concetto giuridico di insolvenza quale fattore esterno, preclusivo dello svolgimento dei rapporti, o per lo meno di un'idea di insolvenza legata al patrimonio inteso in senso statico.

Valga in proposito ricordare la matrice civilistica dell'insolvenza - collocata nella parte generale delle obbligazioni e dei contratti sebbene sia definita dalla disciplina fallimentare - intesa come prodromica alla produzione di effetti quali, ai sensi dell'art. 1186 c.c., la decadenza dal beneficio del termine<sup>37</sup>.

L'insolvenza in senso civilistico, infatti, si differenzia nettamente da quella in ambito concorsuale, benché si presentano entrambe come situazioni di dissesto patrimoniale, in quanto è connessa ad un'insufficienza anche temporanea del patrimonio del debitore. Tale

---

<sup>36</sup> Si veda in merito DI MARZIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma «organica» al decreto «correttivo»*, Bologna, 2008, p. 488. È opportuno comunque osservare come nel codice di commercio del 1882 si riconosceva ai creditori il potere di chiedere la sostituzione del curatore nominato dal Giudice (art. 719), e di nominare la delegazione di sorveglianza (art. 723).

<sup>37</sup> L'incertezza che presiede alla definizione di insolvenza, concetto espressamente compreso nello stato di crisi, secondo l'ultimo comma dell'art. 160 l. fall., ha fatto sì che fosse accostata da ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 371, e da ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182-bis l. fall.*, in *Trusts e att. fid.*, 2007, p. 399 «ad una delle massime acquisizioni della fisica teorica, a quel principio di indeterminazione (elaborato da Werner Heisenberg), per cui certi elementi della materia (specie nella sfera dell'«infinitamente piccolo») non sono suscettibili di percezione oggettiva, perché la stessa presenza attiva dell'osservatore - necessaria per acquisirla - altera l'oggetto su cui si esplicano, sicché questo oggetto risulta non osservabile (e dunque non conoscibile) in sé, nella stessa misura in cui l'osservazione (finalizzata alla conoscenza) di esso lo rende altro da sé». Peraltro la difficoltà di individuare una definizione unitaria di insolvenza era già presente all'inizio del secolo scorso laddove DE VINCENTIIS, voce *Insolvenza colpevole*, in *Dig. it.*, XIII, Torino, 1902-1906, p. 1202, osservava che «insolvenza è campo così vasto di ricerche che pervade e penetra quasi tutta la teorica delle obbligazioni, poiché essa, anche nei rapporti fra creditore e debitore, non dà luogo, nella nostra legge civile, a un istituto speciale, che ne stabilisca la nozione, ne fissi i criteri per determinarla, ne organizzi una valida difesa per premunirsene, ma è la risultante di disposizioni sparse nel codice civile, che ne fa menzione disciplinando solo taluni effetti senza nemmeno una disposizione che accenni al suo contenuto intrinseco».

insufficienza comporta, nel contesto del singolo rapporto obbligatorio, il mancato affidamento da parte del creditore sulla garanzia patrimoniale, e, dunque, l'attivazione di una serie di diritti potestativi di autotutela. Risulta quindi un concetto vicino all'idea di crisi in quanto comprende l'indebitamento anche ipoteticamente fisiologico dell'impresa.

Nell'ottica più propriamente commerciale, invece, l'insolvenza si ravvisa qualora vi sia, in forza di un giudizio *ex ante* e dunque con riferimento alla capacità dell'imprenditore di accedere al credito, l'impossibilità sostanzialmente irreversibile del debitore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, incidendo sulla tutela creditoria nell'ambito della gestione di una pluralità di interessi in concorso<sup>38</sup>. Infatti, la definizione offerta dall'art. 5 l. fall. riguarda solo il quadro economico interno all'impresa, ovvero lo sbilancio tra flussi finanziari che comporta il *deficit* di cassa, percepibile in via sintomatica solo da operatori professionali: può dunque sussistere anche qualora il valore del patrimonio dell'imprenditore sia maggiore dell'ammontare dei debiti, se i beni parte dell'attivo non sono facilmente liquidabili o i crediti non possono essere riscossi in tempo utile.

Di conseguenza, si assiste sempre più ad una "soggettivizzazione" dell'insolvenza, in quanto suo arbitro sarà l'operatore bancario o un altro potenziale finanziatore che, decidendo di mantenere o revocare le linee di credito, determina la manifestazione esteriore dell'insolvenza, ovvero quello stato che assume il crisma della giuridicità in quanto idoneo a coinvolgere i terzi che entrano in relazione con l'imprenditore (*claimholders*). L'ordinamento, infatti, si limita a disciplinare le manifestazioni esterne della crisi capaci di influire sulla situazione

---

<sup>38</sup> In merito alla differenza tra insolvenza civile e insolvenza concorsuale si veda TERRANOVA, *Stato di crisi e stato d'insolvenza*, Torino, 2007; BOCCHIOLA, *La nozione di «insolvenza» nell'art. 1186 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 205; e, in particolare, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, CICU - MESSINEO - MENGONI (diretto da), in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974, p. 127, il quale osserva che «entrambe si presentano come situazioni di dissesto patrimoniale; tuttavia, ai fini del fallimento, tale dissesto non è di necessità rappresentato da una effettiva eccedenza delle passività rispetto alle attività, assumendo, invece, decisiva importanza, in ogni caso, l'essere costretto il debitore a ricorrere a mezzi anormali per fronteggiare i propri impegni. Ciò può forse riassumersi dicendo che quel che conta può anche essere non l'eccedenza, bensì la prevalenza, delle passività, la quale, in definitiva, può dimostrare l'intrinseca debolezza dell'impresa e, conseguentemente, l'opportunità di una liquidazione delle attività nell'interesse di tutti i creditori».



patrimoniale dei terzi creditori, ovvero l'effetto esternalizzato della condizione di difficoltà finanziaria in cui versa l'imprenditore, a prescindere dallo squilibrio economico-patrimoniale<sup>39</sup>.

L'obiettivo della disciplina è dunque quello di bilanciare gli interessi contrapposti dell'imprenditore in difficoltà con quelli dei creditori, fornendo gli strumenti giuridici finalizzati a rimuovere non tanto la crisi, *strictu sensu* intesa, quanto i suoi effetti sul piano finanziario<sup>40</sup>. Tale concezione relazionale e influenzata da comportamenti soggettivi segna dunque il superamento del c.d. dogma dell'insolvenza, stabilendo la possibilità che quest'ultima sia rimessa al governo dell'autonomia privata<sup>41</sup>.

Si afferma quindi un nuovo concetto a metà strada tra insolvenza civile e commerciale, che vale a unificare il sistema nell'intersezione tra la disciplina dell'atto e dell'attività: la nozione di crisi, mancante di tradizione giuridica e pertanto meno impegnativo, che sposta l'obiettivo dal soggetto all'attività, in quanto predicato di quest'ultima (a differenza del termine "insolvenza" che è invece predicato del soggetto)<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Giova in proposito differenziare gli effetti finanziari dagli effetti economici della crisi, relativi ad un piano endoaziendale e non direttamente pregiudizievoli per i terzi contraenti. Tali effetti sono rappresentati dallo squilibrio economico che emerge all'esterno mediante il bilancio d'esercizio in cui una prevalenza dei costi sui ricavi non è sintomatica dell'effetto economico di una crisi. Ma può tradursi in erosioni del capitale sociale minimo legale o in una riduzione della garanzia patrimoniale, generando dunque un danno ai creditori.

<sup>40</sup> A differenza degli accordi di ristrutturazione dei debiti, del piano di risanamento e del concordato preventivo, i piani industriali di ristrutturazione economica e finanziaria previsti dal d.lgs. 27 del 1999 e dalla legge 39 del 2004 a favore delle grandi imprese in stato di insolvenza che manifestano concrete prospettive di recupero, costituiscono uno strumento finanziario funzionale a rimuovere le cause della crisi, in ragione di superiori esigenze di carattere sociale e di politica economica nazionale.

<sup>41</sup> Si vedano in proposito le riflessioni di ROVELLI, *L'amministrazione delle grandi imprese insolventi*, in PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, VI, § 4.2, Torino, 2002, p. 26; ID., *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Il Fall.*, 2009, p. 1030; ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), cit., p. 371.

<sup>42</sup> E ovviamente più vago, come stigmatizzando il concetto, ha osservato PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in *Banca, bor. e tit. cred.*, 2007, I, p. 369.

Il concetto di “crisi” infatti, assumendo la conformazione di un criterio giuridico “aperto” benché di derivazione economico-aziendale, consente di cogliere dinamicamente la tendenza della situazione economica dell’impresa, e costituisce il presupposto anche logico per l’attivazione degli strumenti di composizione negoziale delle situazioni di grave difficoltà finanziaria, in quanto permette di anticipare il tentativo di salvataggio ben prima di raggiungere uno stato di irreversibilità<sup>45</sup>.

Del resto, lo stesso significato etimologico del termine crisi (dal greco κρίσις) rimanda ad una scelta, ovvero, nella fattispecie, all’esigenza di adottare la decisione gestionale nel senso della continuazione dell’attività economica, predisponendo un’operazione di risanamento, o della sua cessazione<sup>44</sup>.

Giova considerare come con la recente legge n. 3 del 2012 in tema di sovraindebitamento del debitore non fallibile<sup>45</sup> si è introdotto un ulteriore presupposto, diverso dallo stato di crisi e dall’insolvenza, ovvero appunto il sovraindebitamento, intendendo con tale espressione «una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte», e «la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni»<sup>46</sup>.

Il legislatore con tale definizione pare aver combinato elementi chiaramente propri dell’insolvenza in senso commerciale, con il riferimento al patrimonio liquidabile, e dell’insolvenza civilistica, ove

---

<sup>45</sup> Sulla definizione di stato di crisi quale presupposto oggettivo del concordato preventivo si veda TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 569; SCHIANO DI PEPE, *Insolvenza e gestione del credito bancario*, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 699; DE FERRA, *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 193.

<sup>44</sup> Come afferma AUGUSTINE, *Come trasformare la crisi in un successo*, in *Harvard bus. rev.*, 1996, 5, p. 20, ogni situazione di crisi «ha, in sé, i germi del successo e le radici del fallimento. Trovare, coltivare e raccogliere quel successo potenziale è l’essenza della gestione della crisi. E viceversa l’essenza della cattiva gestione della crisi è la propensione a prendere in mano una situazione negativa e farla peggiorare».

<sup>45</sup> Si tratta di un accordo che consente alle piccole imprese e in generale a tutti i soggetti non sottoponibili alle procedure concorsuali di evitare l’esecuzione forzata favorendo tuttavia i creditori in quanto permette loro di non dover anticipare gli oneri della procedura e di ridurre i tempi dell’eventuale esecuzione. Per una disamina della normativa si veda MACARIO, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell’accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, in *Contratti*, 2012, p. 229.

<sup>46</sup> In tal senso, con una tecnica di *drafting* di chiara matrice comunitaria, l’art. 6 della legge n. 3 del 2012 che esplicita le finalità e le definizioni della normativa.

menziona l'incapacità patrimoniale ad adempiere, benché lo scopo della procedura sia apertamente la liquidazione di un patrimonio al fine di soddisfare i creditori. Tuttavia, la connotazione patrimoniale dinamica emerge chiaramente dall'art. 8 là dove si afferma che la «proposta di accordo prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei crediti futuri». Il debitore verserà in stato di sovraindebitamento anche qualora abbia un patrimonio capiente, senza tuttavia disporre della liquidità sufficiente a far fronte regolarmente ai propri creditori, in quanto il suo patrimonio non può assicurare una liquidità tale da soddisfare i debiti in scadenza.

Il debitore quindi deve versare in uno stato di impotenza attuale, funzionale e non transitoria, che non gli consente di poter soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, facendo ricorso al livello del reddito corrente, alle integrazioni eventualmente possibili e/o alla ragionevole liquidazione del patrimonio disponibile<sup>47</sup>.

Il sistema complessivo che risulta in generale dall'ordinamento dunque, sebbene le riforme alla disciplina concorsuale siano state attuate con novelle ed una parziale abrogazione (la delega, pur ampia, non consentiva una completa soppressione della vigente legge fallimentare), innova radicalmente le finalità dei procedimenti concorsuali per la tutela del credito. Si tenta, infatti, di appagare l'esigenza di apportare soluzioni efficienti, idonee al rapido superamento del dissesto dell'impresa nell'interesse dei creditori, con la possibilità di conservare gli organismi risanabili, in un quadro di economia di mercato<sup>48</sup>.

La continuazione dell'attività d'impresa può consentire di mantenere sul mercato il debitore, di conservare il complesso aziendale salvaguardando il suo avviamento, oltre che permettere il pagamento di una maggiore quota di debito con gli utili originati dall'ordinario

---

<sup>47</sup> Si veda in merito l'analisi di FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/212), in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2012.

<sup>48</sup> Gli strumenti che l'imprenditore può utilizzare per superare lo stato di crisi possono essere suddivisi in mezzi interni ed esterni all'impresa. I primi sono i piani redatti dall'imprenditore in decozione che predispone unilateralmente scelte strategiche, ritenute da lui più opportune, finalizzate a modificare la realtà aziendale; mentre i secondi sono appunto rappresentati dagli accordi conclusi tra l'imprenditore e i creditori. Per tale distinzione si veda B. PAGAMICI, *Gli accordi per la ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fall. & crisi d'impr.*, 2007, p. 85.

esercizio, senza che la notizia dell'apertura di procedure concorsuali possa provocare la fine della rete di rapporti che "a monte" e "a valle" reggono l'azienda produttiva<sup>49</sup>.

Nella normativa fallimentare novellata, oltre a ridurre l'ambito dell'azione revocatoria aumentandone i casi di esenzione<sup>50</sup> e introdurre l'affitto di azienda<sup>51</sup>, sono state introdotte varie modalità attraverso le quali, con l'espansione dell'autonomia privata in varie gradazioni, si consente di addivenire alla conservazione dell'impresa per mezzo della c.d. ristrutturazione dei debiti, a seconda della gravità della crisi: l'accordo "procedimentalizzato" con creditori a contenuto libero,

---

<sup>49</sup> Si vedano in merito COSTA, *La soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, in *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, I, 1, Milano, 1999, p. 195; OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 1999, p. 825; ANT. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 603. È opportuno rammentare LIBONATI in *Gli indirizzi della Commissione ministeriale di riforma delle procedure concorsuali*, in *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in *Banca d'Italia, Quad. ric. Giur.*, Roma, 1997, n. 44, p. 22, ove si osserva che «la normativa concorsuale deve consistere in una disciplina di governo della crisi diretta a realizzare quella che può definirsi una riallocazione della ricchezza da un'attività in perdita ad un impiego produttivo; ciò – ovviamente – soprattutto quando l'originaria destinazione impressa alle risorse risulti incontrovertibilmente compromessa e, dunque, priva dei margini necessari per la propria normalizzazione e per il proprio risanamento». Dello stesso avviso STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, cit., p. 1075, laddove ribadisce che «l'impresa che non riesce a restare sul mercato deve infatti cessare, ma solo dopo che si sia valutata l'impossibilità di salvare, se necessario mediante ristrutturazioni anche profonde, il patrimonio di conoscenze e di relazioni che in essa si è accumulato. Qualora tali ristrutturazioni avvengano secondo corrette regole di mercato, e dunque con attori che paghino per le conseguenze delle loro errate valutazioni, l'impresa non merita l'espulsione».

<sup>50</sup> Rispetto alla disposizione precedente alla riforma si rileva un notevole depotenziamento dello strumento revocatorio se si osserva anche la riduzione ad un anno del periodo in cui "aleggia il sospetto", realizzata nell'intento di garantire un più rapido consolidamento degli atti posti in essere nell'esercizio dell'impresa. Cfr. tra gli altri FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Il Fall.*, 2005, p. 581; BONFATTI - CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006; TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, 2006.

<sup>51</sup> In tal caso tuttavia l'affitto è vincolato funzionalmente al fine della vendita dell'azienda e dunque improntata alla liquidazione benché a scopo riallocativo. Si veda in proposito FIMMANÒ, *L'allocatione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, cit., p. 57; MARTORANO, *La circolazione «di ritorno» dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 1.

previsto dal nuovo concordato preventivo<sup>52</sup>, gli accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis, il piano attestato di risanamento dell'impresa di cui all'art. 67, comma 3, lett. d)<sup>53</sup>.

Si ricava, dunque, una disciplina per la composizione negoziale della crisi d'impresa o meglio un sottosistema che offre un ventaglio di strumenti in cui, in una sorta di "scala di grigi", si osserva un graduale ridursi della componente procedurale e del ruolo dell'Autorità giudiziaria cui corrisponde un ampliamento della latitudine riservata all'autonomia privata<sup>54</sup>. È ovvio come, benché la tendenza evidenziata dalle recenti riforme sia quella di un ampliamento delle soluzioni negoziali alla crisi, più che una contrapposizione, si riscontri una complementarità tra i vari strumenti offerti dall'ordinamento, in ragione della concreta situazione in cui versa l'impresa determinata<sup>55</sup>.

In tale contesto di accentuazione della negoziabilità degli interessi collegati con la situazione di crisi, si osserva un nuovo rapporto tra contratto e crisi d'impresa che si concreta nella promozione del paradigma contrattuale funzionale alla composizione negoziale

---

<sup>52</sup> Tra i numerosi contributi in tema valga richiamare LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p. 270; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO, *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2008; DE CICCO, *Le classi di creditori nel concordato preventivo*. Appunti sulla par condicio creditorum, Napoli, 2007; AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Il Fall.*, 2007, p. 1267.

<sup>53</sup> Sui piani attestati di risanamento dell'esposizione debitoria e di riequilibrio della situazione finanziaria si veda S. BONFATTI, *Le fattispecie di «esenzione» dalla azione revocatoria fallimentare*, in FAUCEGLIA - PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, XV, p. 652; ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Il Fall.*, 2007, p. 617; M. FERRO, *Piano attestato di risanamento*, in *Le insinuazioni al passivo*, Padova, 2006, p. 545.

<sup>54</sup> Per un approfondimento in merito si rinvia alle riflessioni di COSTANTINO, *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, in DI MARZIO - MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 209; MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, ivi, p. 19; VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, ivi, p. 233; DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sulla insolvenza dell'impresa*, in VIETTI - MAROTTA - DI MARZIO (a cura di), *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, Torino, 2007, p. 17.

<sup>55</sup> Si vedano in proposito le riflessioni di PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, in AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008, p. 561.

dell'insolvenza<sup>56</sup>. Vi è dunque un incontro virtuoso tra la disciplina del diritto civile, la quale presenta un articolato di tutele concepite per essere esperite nel contesto atomistico del rapporto obbligatorio, e le esigenze dell'attività economica d'impresa che immancabilmente si declina in un ambito pluralistico di interessi, valorizzando l'incrocio tra il sistema normativo dell'atto e dell'attività. Si origina, quindi, una nozione di "contratto sulla crisi d'impresa" che comprende tutti gli accordi stipulati fra l'impresa e i suoi creditori<sup>57</sup>.

Il contratto costituisce un metodo "neutro" di composizione degli interessi in conflitto, ovvero non preordinato negli esiti finali, in quanto qualsiasi assetto di interessi reputati meritevoli di tutela può essere dedotto in contratto. Quindi, mentre la disciplina tradizionale perseguiva la liquidazione del patrimonio, la nuova normativa, per mezzo dello strumento contrattuale, asseconda la soluzione che in concreto le parti ritengono economicamente più efficiente al fine di risolvere la crisi dell'impresa nel senso della sua liquidazione o conservazione. È ovvio, tuttavia, come la mancata previsione di un esito aprioristicamente privilegiato rende inevitabilmente maggiori, rispetto al precedente regime, le possibilità di optare per la soluzione conservativa.

L'istituto, disciplinato dall'art. 182-*bis* l. fall., degli accordi di ristrutturazione dei debiti dell'impresa in crisi rappresenta una sicura opportunità per l'imprenditore e per i creditori, i quali possono creare un contratto di diritto privato a cui il legislatore assicura un trattamento privilegiato. Tale figura costituisce uno strumento snello e maggiormente adatto alle crisi con una notevole concentrazione del debito rispetto a soggetti sufficientemente competenti nella gestione del rischio ed attrezzati in modo da essere in grado di disporre delle informazioni rilevanti, e di prevenire il rischio di perdita ammortizzandolo.

La scarna disciplina dell'istituto *de quo*, contenuta unicamente nell'art. 182-*bis* e 182-*quater*, esalta l'autonomia delle parti e giustifica

---

<sup>56</sup> In merito infatti DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sulla insolvenza dell'impresa*, cit., p. 18, individua quale finalità della riforma fallimentare quella di «incentivare il contratto sulla crisi d'impresa, premiando i suoi protagonisti; e dunque di favorire la composizione negoziale della crisi, nel mercato e secondo le regole del contratto».

<sup>57</sup> Esplicitamente sul contratto sulla crisi d'impresa si veda VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, cit., p. 233.

gli sforzi interpretativi del formante dottrinale, allo scopo precipuo di individuare il regime giuridico applicabile sia all'accordo inteso come atto, sia al rapporto da esso derivante.

Infatti, il legislatore si è limitato a regolamentare la fase per giungere alla omologazione giudiziale dell'accordo di ristrutturazione, che produce l'effetto dell'esenzione dall'azione revocatoria, tralasciando la fase di esecuzione dell'accordo in riferimento alla quale risulta prevalentemente richiamata la disciplina generale del contratto.

Del resto, un criterio interpretativo logico consente di giustificare la *mens legis*, corroborando l'esegesi privatistica dell'istituto, individuato come il risultato di una precisa scelta di politica del diritto che adotta un'asciutta tipizzazione di uno strumento invalso nella prassi. Il legislatore, infatti, ha rifiutato di disciplinare gli istituti di allerta e prevenzione adottati nell'ordinamento francese, oltre alla procedura concordata della crisi, disattendendo le indicazioni dello schema di d.d.l. elaborato dalla Commissione Trevisanato in composizione ristretta<sup>58</sup>.

#### **4. L'autonomia privata nel governo dell'insolvenza al tempo del codice di commercio**

Si rivela utile un esame "archeologico", "scavando" nella normativa anteriore, in quanto spazi di autonomia contrattuale al fine di evitare il fallimento erano già riconosciuti nei codici ottocenteschi, dove il presupposto oggettivo non era ancora lo stato d'insolvenza, introdotto nel 1942, ma l'inadempimento.

Nell'antico codice di commercio del 1865 era stato reso obbligatorio il tentativo di concordato, lasciando «all'iniziativa individuale, di chi può avervi interesse, il provocare la convocazione per trattare del concordato, quando siavi probabilità di successo» (art. 615). L'obbligatorietà dell'esperimento concordatario, comportando spesso solo inutili ritardi, veniva meno con il codice del 1882 dove la procedura giudiziale era prevista come inevitabile. Infatti, benché si promuovesse comunque l'esperimento di concordati stragiudiziali in

---

<sup>58</sup> Si tratta del documento elaborato dal gruppo ristretto della "Commissione Trevisanato", istituito con d.m. 27 febbraio 2004, e presentato agli uffici legislativi dei Ministeri della Giustizia e dell'Economia nel 2004.

ogni stadio della procedura, su iniziativa del curatore, dei creditori o del fallito, si affermava come «la speranza di ottenerlo non deve mai essere di ostacolo al corso regolare della procedura giudiziale di fallimento»<sup>59</sup>. Tali accordi erano dunque diffusi pur costituendo una «arruffatissima matassa»<sup>60</sup> per l'interprete che, nel silenzio del legislatore, era chiamato a confrontarsi con tali forme spontanee di regolazione.

L'abrogazione del tentativo obbligatorio di concordato, considerato d'intralcio alla celerità della procedura, veniva bilanciata con l'introduzione all'art. 825 del nuovo istituto dell'accordo amichevole, poi abrogato dalla legge n. 197 del 1903. Si trattava di una figura prevista nell'ambito della disciplina della moratoria di cui all'art. 819 e ss., prevista per crisi d'impresa ritenute reversibili<sup>61</sup>. Infatti, si considerava il dissesto come uno squilibrio temporaneo fra attività liquide e passività scadute.

La moratoria rappresentava una figura molto simile agli attuali accordi di ristrutturazione dei debiti in quanto si trattava sostanzialmente di un accordo stragiudiziale finalizzato a superare il dissesto.

Qualora il fallito fosse stato in grado di dimostrare con valide prove che la cessazione dei pagamenti fosse stata dovuta ad avvenimenti straordinari ed imprevedibili o scusabili, ed inoltre che l'attivo del suo patrimonio superasse il passivo, l'Autorità giudiziaria, dopo un'indagine di fatto, concedeva al debitore in accordo con i propri creditori una dilazione del fallimento o la sospensione dell'esecuzione della sentenza di fallimento per un periodo massimo di sei mesi<sup>62</sup>. Tuttavia, il debitore era obbligato a soddisfare l'intero proprio ceto creditorio, infatti dopo la convocazione dei creditori, una volta ritenuta ammissibile la domanda di moratoria, il Tribunale accordava al

---

<sup>59</sup> Così VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, Milano, 1900-1908, n. 8080, p. 596.

<sup>60</sup> In tal senso ancora VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, Milano, 1898, p. 5.

<sup>61</sup> In generale sulla moratoria si vedano BOLAFFIO, *Alcune questioni sull'istituto della moratoria*, in *Mon. trib.*, 1886, p. 945; MARTINI, *Della moratoria*, Roma, 1890; TORLAI, *I concordati, le moratorie e i piccoli fallimenti*, Torino, 1927; BUTERA, *Moratoria, concordato preventivo, procedura dei piccoli fallimenti*, Torino, 1938.

<sup>62</sup> Occorreva inoltre, ai sensi dell'art. 819, presentare i libri di commercio regolarmente tenuti, il bilancio e l'elenco dei creditori con l'indicazione dei relativi crediti, e inoltre assicurarsi il favore della maggioranza dei creditori.



debitore, considerando il voto espresso dalla maggioranza dei creditori, un termine non superiore a sei mesi al fine di procedere al pagamento di tutti i debiti scaduti<sup>63</sup>.

Si riconosceva, quindi, all'accordo, previa omologazione da parte del Tribunale, la stessa efficacia del concordato preventivo quanto alla chiusura del fallimento, nel caso in cui il debitore avesse ottenuto il consenso dei creditori pari ad almeno i tre quarti del passivo e l'assunzione dell'obbligo da parte dei creditori aderenti di risolvere insieme con il debitore le conseguenze di ogni lite con i dissenzienti, provvedendo se necessario anche all'intero pagamento dei loro crediti<sup>64</sup>. Inoltre, l'art. 824 prevedeva, dopo l'ottenimento della moratoria, il divieto di intraprendere nei confronti del debitore ogni azione esecutiva da parte dei creditori, senza tuttavia che si assegnasse a tale proibizione un'efficacia retroattiva.

Tuttavia, nel codice di commercio del 1882 era presente un istituto che rappresentava una sicura innovazione, essendo ignoto alla tradizione transalpina della quale il nostro legislatore rimaneva debitore<sup>65</sup>. Era infatti contemplata una forma stragiudiziale di concordato detta "amichevole" o "individuale", in quanto stipulato con ciascuno dei creditori intervenuti nel fallimento. La regolamentazione di tale convenzione era interamente lasciata alla libera autonomia privata, in ossequio alle regole generali sui contratti e sulle obbligazioni, potendo essere concluso anche solo con alcuni creditori, qualora fosse stato stipulato prima della declaratoria di fallimento.

---

<sup>63</sup> Come prescritto dall'art. 822, successivamente il giudice nominava una commissione di creditori incaricata di vigilare sull'amministrazione e sulla fase liquidativa del patrimonio. Durante la moratoria, al debitore era anche data la facoltà di liquidare volontariamente l'attivo, d'accordo con la commissione dei creditori, ed estinguere così il passivo, eventualmente beneficiando di una nuova moratoria nel caso in cui avesse già pagato una parte rilevante di creditori e ottenuto il consenso dei creditori in rappresentanza di almeno la metà del passivo rimanente (artt. 823 e 828).

<sup>64</sup> Per un'approfondita analisi sul concordato stragiudiziale nel codice di commercio del 1882 si veda FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, p. 45; e MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure fra otto e novecento*, in DI MARZIO - MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 161. Sulle varie forme di concordato si veda la disamina di MONTESANO, in *Il concordato stragiudiziale*, in *Banca, bor., tit. cred.*, 1974, I, p. 485.

<sup>65</sup> Esplicitamente in tal senso BONELLI, *Del fallimento*, in ANDRIOLI (a cura di), *Commentario al cod. comm.*, VIII, Milano, 1923, 666, n. 716.

Nel caso in cui invece fosse stato raggiunto dopo questa, una volta coinvolta la collettività dei creditori, pur seguendo le regole di diritto comune, era soggetto alle garanzie del fallimento in quanto funzionale alla chiusura della procedura, applicandosi ove compatibile la disciplina del concordato giudiziale. Il codice prevedeva unicamente quest'ultima forma di concordato amichevole successivo alla dichiarazione di fallimento, stabilendo che «in ogni stadio della procedura di fallimento può aver luogo un concordato tra il fallito ed i suoi creditori, se tutti vi acconsentano» (art. 830). Nondimeno, era rimesso all'autonomia contrattuale il contenuto delle singole pattuizioni, potendo dunque essere previsto un trattamento diverso e diseguale tra i vari creditori.

Peraltro, negli stessi anni, in Inghilterra veniva approvato il Bankruptcy Act del 1883, il quale prevedeva, prima di iniziare la procedura fallimentare davanti alla Corte, una adunanza preliminare, dove il magistrato valutava la situazione ed emanava eventuali provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio del debitore. Oltre a ciò, la disciplina inglese stabiliva, nella stessa fase preliminare, la convocazione obbligatoria di una riunione dei creditori, nella quale era possibile raggiungere una “*composition or scheme of arrangement*”<sup>66</sup>.

Nell'ordinamento italiano emergeva già, dunque, la considerazione della giurisdizione quale fattore di possibile inefficienza: il giudice, infatti, interveniva unicamente non per dare efficacia ad un contratto privato, di per sé già perfetto ed efficace, ma per terminare la procedura di fallimento e reimmettere il fallito nella piena amministrazione del proprio patrimonio<sup>67</sup>. Il codice di commercio,

---

<sup>66</sup> Art. 16 : “As soon as may be after the makings: of a First and other meetings of receiving order against a debtor a general meeting of his creditors (in this Act referred to as the first meeting of creditors) shall be held for the purpose of considering whether a proposal for a composition or scheme of arrangement shall be entertained, or whether it is expedient that the debtor shall be adjudged bankrupt, and generally as to the mode of dealing with the debtor's property”. Per l'intero testo si consulti il sito internet

[Archive.org/stream/bankruptcyactwi00houggoog/bankruptcyactwi00houggoog\\_djvu.txt](http://Archive.org/stream/bankruptcyactwi00houggoog/bankruptcyactwi00houggoog_djvu.txt)

<sup>67</sup> Il Tribunale era infatti chiamato ad accertare che tutti i creditori avessero prestato il consenso alla chiusura del fallimento e che avessero effettivamente concordato la composizione del credito. Cfr. BONELLI, *Del fallimento*, cit., VIII, Milano, 1923, 666, n. 719.

tuttavia, assegnava al giudice delegato per tutte le operazioni non eseguite dal curatore una sorta di potere di veto (art. 728), il cui potere di direzione fu accentuato dalla legge n. 995 del 1930<sup>68</sup>.

L'autonomia privata era esaltata e promossa nell'ambito fallimentare, campo tradizionalmente ad essa alieno<sup>69</sup>. La dottrina era concorde nel considerare il concordato amichevole un contratto di diritto privato, essendo bensì divisa sulla specifica natura giuridica contrattuale da attribuirgli. Infatti, per Bonelli si componeva di «un complesso di accordi modificativi o estintivi dei singoli rapporti di obbligazione già esistenti tra il fallito e ciascuno dei creditori»<sup>70</sup>, mentre per Vidari si trattava di un «contratto bilaterale *sui generis*, commerciale, stragiudiziale, per cui, da una parte, i creditori rimettono volontariamente al debitore una porzione de' suoi debiti, e dall'altra, si nova la obbligazione di prima per la residua parte non rimessa, sostituendo alla causa primitiva una nuova causa di debito»<sup>71</sup>.

Accanto al concordato amichevole vi era il concordato c.d. giudiziale o di massa, stipulato tra il fallito con la massa collettiva dei creditori, in seguito ad una delibera assunta a maggioranza nell'assemblea di questi ultimi (art. 833). La legittimazione a convocare i creditori al fine di valutare una proposta di concordato era individuata in capo al fallito, alla delegazione dei creditori e ad alcuni creditori in rappresentanza di almeno un quarto dei crediti. Il giudice procedeva dunque alla convocazione in adunanza di tutti i creditori insinuati ed ammessi, in modo tale da raggiungere la maggioranza sia

---

<sup>68</sup> Si richiamano le riflessioni di LIBONATI in *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, cit., p. 330, laddove afferma che «la facoltà con cui si ricorre ad un potere superiore nel dirimere questioni fra privati è tipica della *civil law*, e non si esprime né soltanto, né soprattutto nel diritto fallimentare. Il ricorso al giudizio dei propri pari ad esempio, proclamato in Inghilterra dalla *Magna Charta*, non si ripete nelle strutture continentali, dove per difendersi dai poteri locali l'appello al potere centrale è stato necessario in maggiore misura, spianandosi così la via allo stato centralizzato e a modelli che hanno facilitato l'espansione dell'intervento governativo nella vita economica e sociale».

<sup>69</sup> In proposito VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, cit., n. 8303, p. 3, affermava che «meno l'autorità giudiziaria si impiccia degli affari privati, e meglio questi possono essere composti con soddisfazione comune e con minori spese», giacché «i privati sono ingegnosi nel trovare mille vie d'uscita, mille ripieghi ed accomodamenti per definire le controversie: vie e ripieghi a cui sempre male si presta la rigidità di una procedura giudiziaria e la severa sentenza del magistrato».

<sup>70</sup> Così ancora BONELLI, *Del fallimento*, cit., VIII, Milano, 1923, 666, n. 716.

<sup>71</sup> In tal senso VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, cit., n. 8309, p. 3.

di teste che di valore necessaria per perfezionare validamente il concordato che avrebbe avuto effetti *erga omnes*.

Tuttavia, era riconosciuto ai creditori non aderenti il diritto di avanzare opposizione al concordato entro otto giorni dalla chiusura del processo verbale o dalla scadenza del termine concesso dal giudice delegato, qualora avessero reputato lesi i loro interessi (art. 836). In assenza di opposizioni il concordato era omologato dal giudice e dunque reso vincolante per tutti i creditori, compresi coloro che non avevano preso parte all'adunanza. Anche in tal caso si trattava di un contratto in cui il giudice svolgeva una funzione meramente dichiarativa e di controllo. L'omologa giudiziale produceva l'effetto di far cessare lo stato di fallimento con la conseguente decadenza degli organi e lo scioglimento della massa, consentendo al fallito, in seguito alla chiusura della procedura, di rientrare in possesso dell'amministrazione del patrimonio e della piena capacità d'agire.

La dottrina spiegava l'efficacia vincolante verso tutti i creditori in ragione della formazione ad opera dei creditori di una comunione qualificata, caratterizzata dall'obbligo di esercitare collettivamente e contemporaneamente i loro diritti personali e reali fino al termine della procedura di fallimento<sup>72</sup>. In tal modo, poiché si individuava in capo ai creditori una volontà collettiva derivante dalla deliberazione della maggioranza assembleare, sempre secondo tale autorevole dottrina, si assisteva alla stipula di un contratto bilaterale tra il debitore e la collettività dei creditori<sup>73</sup>.

Come anticipato, la legge del 1903 sul concordato preventivo ha abrogato la disciplina della moratoria e del suddetto art. 825 del codice di commercio, che non avevano avuto grande diffusione derivante dall'onere richiesto al debitore e alla non chiara regolamentazione<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> In tal senso ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, cit., p. 152, il quale individua la presenza di un organo consultivo e ispettivo quale la delegazione dei creditori, e di un organo deliberativo quale l'assemblea dei creditori in modo da promuovere l'interesse comune.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>74</sup> In proposito infatti VIVANTE, *Il ripristino della moratoria*, in *Mon. trib.*, 1922, p. 41, osservava che la figura giuridica «cadde perché regolata da norme incoerenti, che diedero luogo a controversie insolubili; la giurisprudenza non riuscì mai a piantarla su solide basi».

Nonostante ciò, sulla scia del concordato *per abandon d'actif* francese<sup>75</sup>, la forma di “autodifesa privata”<sup>76</sup> del concordato stragiudiziale, stipulato dal debitore con i creditori *uti singuli* e vincolante i soli aderenti, si presentava talvolta come un concordato con *cessio bonorum*, attuato mediante un mandato irrevocabile a uno o più creditori, i quali si assumevano l’onere di realizzare le attività e di tacitare gli altri a stralcio oppure integralmente. Tuttavia, tale contratto, considerato una *cessio in solutum*, poteva dirsi efficace solo quando la cessione era accettata da tutti i creditori e risolutivamente condizionato nel caso di successiva decozione, in quanto subordinato al non verificarsi dei presupposti del fallimento<sup>77</sup>.

La moratoria venne tuttavia reintrodotta nel 1915 al solo scopo di far fronte alle insolvenze causate dallo stato di guerra, considerato quale caso di forza maggiore ai sensi dell’art. 1226 del codice civile allora imperante<sup>78</sup>. Il beneficio della moratoria veniva accordato secondo il prudente apprezzamento del giudice, a prescindere dal parere espresso dai creditori.

L’istituto giuridico fu in seguito definitivamente ripristinato nel 1921<sup>79</sup>, più che per rimediare ai problemi della riconversione della produzione bellica, allo scopo di comporre il dissesto della Banca Italiana di Sconto, suscitando non poche critiche in dottrina<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> Si fa riferimento al concordato per abbandono dell’attivo introdotto nell’ordinamento francese nel 1856, il quale prevedeva la liberazione del fallito al momento della cessione dei beni e la continuazione della liquidazione fallimentare per conto dei creditori e in assenza del fallito.

<sup>76</sup> Così PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, p. 2755.

<sup>77</sup> Cfr. App. Bologna, 15 dicembre 1931, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, p. 97.

<sup>78</sup> D.l.l., 27 maggio 1915, n. 739 e 25 luglio 1915, n. 1143.

<sup>79</sup> Si veda in proposito R.d.l., 28 dicembre 1921, n. 1861, che ne circoscriveva l’applicazione alle società cooperative esercenti il credito e alle società anonime o in accomandita per azioni, con capitale non inferiore a cinque milioni di lire, le quali avrebbero dovuto dimostrare che la loro cessazione dei pagamenti fosse dovuta ad avvenimenti straordinari e impreveduti o scusabili, ovvero sussistessero evidenti ragioni di interesse per i creditori.

<sup>80</sup> In merito si vedano le osservazioni GUIDI, *Il crack della Banca Italiana di Sconto davanti alla critica giuridica*, in *Dir. e prat. comm.*, 1922, I, p. 33; BENEDICENTI, *La moratoria del R. D. L., 28 dicembre 1921*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 209; e soprattutto VIVANTE, *Il ripristino della moratoria*, cit., p. 41, il quale definiva il ripristino dell’istituto come «legislazione farraginoso, di violenza, che prolunga ed esaspera gli effetti della legislazione di guerra, senza averne le ragioni giustificatrici: non è più neanche legislazione, anzi non si sa neppure come qualificarla. (...) Siamo a

## 5. (segue) Il concordato stragiudiziale dopo la legge fallimentare del '42

Con l'imperio della normativa fallimentare del 1942 - intrisa del pesante paternalismo dell'epoca corporativa e della concezione gentiliana dello Stato etico, basata a sua volta sulla primazia dell'economia nazionale sull'esigenze del singolo imprenditore<sup>81</sup> - l'impianto officioso che aveva caratterizzato fino ad allora la disciplina precedente si intensifica.

In proposito è significativo il confronto tra la normativa relativa alla composizione delle controversie tra privati che nel codice di procedura del 1866 occupava i primi sette articoli e che nel codice del 1942 è ridotta all'art. 320.

Nella disciplina fallimentare il Tribunale ed il giudice delegato rimangono depositari di un potere palesemente invasivo della gestione ed amministrazione della crisi, per intervento diretto o attraverso la nomina discrezionale dell'organo preposto alla liquidazione. Inoltre, solo il Tribunale ha la potestà di concedere "all'imprenditore onesto e sfortunato"<sup>82</sup>, dopo aver effettuato un duplice controllo di legalità e meritevolezza, il beneficio del concordato preventivo, che consentiva di eliminare il differente trattamento tra creditori che si realizzava tramite gli accordi stragiudiziali<sup>83</sup>.

---

poco a poco arrivati (...) alla menomazione aperta e quasi sistematica del corpo delle leggi fondamentali dello Stato, senza ritegno e talora (cosa enorme) senza alcuna necessità, per giungere ora ai provvedimenti politico-legislativi presi, diciamo apertamente, *intuitu personae* e con effetti retroattivi. Questo è dispotismo, non ha altro nome».

<sup>81</sup> La Relazione del Guardasigilli al Re al r.d. 16 marzo n. 267, in *Raccolta delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, II, n. 3, si evidenzia che la finalità generale delle procedure concorsuali è quella di favorire «una più energica tutela degli interessi generali sugli interessi particolari dei creditori e del debitore».

<sup>82</sup> Così testualmente nella Relazione del Guardasigilli, in *Raccolta delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, II, n. 1, dalla quale emerge altresì come il legislatore del 1942 reputava il concordato preventivo come uno strumento funzionale alla composizione di quelle «crisi economiche che non sono indici di mancanza di vitalità dell'impresa, e che possono essere superate senza arrivare alla liquidazione dell'impresa stessa». Cfr. sul tema le osservazioni di MIGLIORINO in *Mysteria concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*, Milano, 1999.

<sup>83</sup> Valga in merito richiamare ancora la Relazione del Guardasigilli al Re al r.d. 16 marzo n. 267, in *Raccolta delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, II, n. 37, là dove afferma che il concordato elimina le «forme stragiudiziali di accomodamento che si

Si affermava, dunque, un modello caratterizzato da una prospettiva standardizzata di interesse generale, dove i creditori con le loro esigenze e l'imprenditore, non più *in bonis* ma magari capace di un risanamento, si trovano ad essere non protagonisti di un conflitto fra privati, ma semplici fruitori della procedura, che si muove per impulso d'ufficio, sebbene ispirata da finalità di soddisfazione degli interessi privati dei creditori stessi<sup>84</sup>. L'interesse alla tutela del diritto di credito infatti coincideva con l'interesse superiore alla soppressione ed espulsione dell'impresa ritenuta inefficiente.

Peraltro, l'istituto del concordato preventivo non tutelava adeguatamente i creditori, giacché consentiva agli imprenditori di evitare il fallimento con il pagamento di una modesta percentuale, beneficiando del divieto di risolvere il concordato mediante cessione<sup>85</sup>. Non prevedeva, inoltre, l'immediata consegna dei beni mobili prima al commissario giudiziale e poi al liquidatore, ben potendo essere distratti da parte dell'imprenditore<sup>86</sup>.

Nelle intenzioni del legislatore con l'introduzione del concordato mediante *cessio bonorum*, si voleva tuttavia riconoscere una qualche autonomia nella gestione della crisi sempre però sotto lo stretto controllo dell'Autorità giudiziaria<sup>87</sup>.

risolvono in una sperequazione fra i creditori e spesso in un disastro per lo stesso debitore che nonostante il suo sacrificio non consegue la liberazione».

<sup>84</sup> Si veda in proposito LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, cit., p. 331; CAVALAGLIO, *Nuove regole per le crisi dell'impresa tra giurisdizione e amministrazione e soluzioni stragiudiziali*, in JORIO (a cura di), *Nuove regole per le crisi d'impresa*, Milano, 2001, p. 252; SANSONE, *Risanamento dell'impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario*, cit., p. 762.

<sup>85</sup> Si vedano in merito le riflessioni di BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, sub art. 160 legge fallim., in BRICOLA - GALGANO - SANTINI (diretto da), *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1979, p. 60.

<sup>86</sup> Sulle critiche al concordato preventivo si veda STANGHELLINI, *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, I, 1993, p. 246; VITTONI, *Rimedi alla incapacità dei creditori chirografari nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Dir. fall.*, I, 1967, p. 930; CASANOVA, *Concordato preventivo ordinario con offerta ai creditori e liquidazione dei beni*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, p. 92; ID., *Risoluzione di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori*, ivi, 1963, I, p. 632. Peraltro da una ricerca svolta negli anni novanta emergeva come almeno il 50% delle imprese in concordato sfociasse nel fallimento: cfr. BARONTINI, *Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali*, cit., p. 81.

<sup>87</sup> Infatti la Relazione del Guardasigilli al Re al r.d. 16 marzo n. 267, in *Raccolta delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, II, n. 37, p. 813, affermava come «non si

La rigidità e l'inefficienza propria del carattere officioso delle procedure giudiziali previste dalla normativa *ante riforma*<sup>88</sup> hanno incoraggiato l'uso dei concordati stragiudiziali<sup>89</sup>, privi di ogni regolamentazione, soprattutto al fine di tutelare il valore economico dell'impresa e il complesso aziendale<sup>90</sup>. Tali concordati, benché

---

sono voluti stabilire schemi rigidi di cessione per lasciare agli interessati di raggiungere l'accordo nel modo più conveniente sotto la guida del giudice».

<sup>88</sup> Si segnalano tra gli altri: un numero di fallimenti dichiarati oscillante tra i dodici e i tredicimila l'anno con una durata media delle procedure di circa sette anni; i rilevanti costi del concordato preventivo che spesso esauriscono gran parte dell'attivo ricavato dalla vendita dei beni del fallito (in particolare si ricorda la somma, necessaria per la procedura, che il Tribunale impone di depositare entro quindici giorni dal decreto di ammissione al concordato preventivo ai sensi artt. 163 e 188 l. fall.), di gran lunga le più elevate d'Europa a fronte di percentuali di recupero tra le più basse in assoluto; l'eccessiva durata dei procedimenti necessari per giungere alla vendita effettiva dei cespiti relitti dal fallito segnalata da varie condanne della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (cfr. Caso *Luordo c. Italia* del 23 maggio 2001, ricorso n. 32190/96, Caso *Bottaro c. Italia* del 23 maggio 2002, ricorso n. 56298/00); la forte limitazione dei poteri del debitore nella gestione dell'impresa a causa della presenza del commissario giudiziale, oltre che del particolare regime autorizzativo disposto per una serie di atti di cui all'art. 167 l. fall.; la necessità di soddisfare integralmente ed immediatamente i creditori privilegiati, subito dopo l'omologazione; la difficoltà di procurarsi le garanzie reali o personali necessarie per l'ammissione alla procedura, spesso richieste nella prassi giudiziaria anche per l'ammissione all'amministrazione controllata; l'alta falciatura normalmente subita dai creditori, soprattutto chirografari. Si veda in proposito AA. VV., *La prassi dei Tribunali italiani in materia di fallimento*, I, in *Quad. giur. Comm.*, Milano, 1978, n. 15, II, in *Quad. giur. Comm.*, Milano, 1982, n. 40; GHIA, *Gli obiettivi della guida legislative sull'insolvenza dell'UNCITRAL*, in *Il Fall.*, 2005, p. 1229; MARCUCCI, *The inefficiency of current italian insolvency legislation and the prospects of a reform*, in AA. VV., *Bankruptcy legislation in Belgium, Italy and the Netherlands*, in *Quad. ric. Giur. Banca d'Italia*, Roma, 2001, n. 51, p. 47; FIMMANÒ, *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese in crisi tra informazione, mercato e riallocazione dei valori aziendali*, in *Il Fall.*, 2004, p. 459.

<sup>89</sup> L'espressione "concordato stragiudiziale" era ritenuta errata da BOLAFFIO, in *Sul cosiddetto concordato stragiudiziale*, in *Giur. it.*, 1932, I, 1, p. 369 e ID., *Il componimento amichevole stragiudiziale non è concordato*, in *Giur. it.*, 1934, I, 1, p. 490, in base alla convinzione per cui il concordato poteva essere solamente giudiziale per cui gli accordi amichevoli anteriori al fallimento avrebbero assunto sempre carattere privatistico non avendo alcun riscontro nella legge.

<sup>90</sup> In merito si veda BONELLI, in *Del fallimento*, in *Commentario al cod. comm.*, cit., 1939, p. 650; BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, p. 610; PROVINCIALI, *Sul concordato stragiudiziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, p. 104. In merito alle soluzioni stragiudiziali in epoca più recente valga segnalare tra gli altri DOMENICHINI, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza*, in *Il Fall.*, 1996, p. 841; BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle*



certamente più rischiosi delle procedure concorsuali in termini di responsabilità civile e penale, oltretutto di esposizione alle azioni esecutive e revocatorie, risultavano sicuramente più efficienti in quanto ad un costo inferiore assicuravano maggiore rapidità e consentivano una maggiore riservatezza della crisi, evitando inoltre i controlli giudiziali sulla gestione.

Questi accordi apparivano tollerati: leggendo tra le righe la normativa fallimentare si poteva infatti notare che il legislatore non ignorasse totalmente il fenomeno laddove all'art. 118, il quale ancora oggi annovera i casi di chiusura della procedura fallimentare, si prevedeva al n. 2 che i crediti ammessi al passivo fossero «in altro modo estinti». La qualificazione con cui venivano appellati tali strumenti era appunto quella di “accordi stragiudiziali” dove l'aggettivo evidenziava la subalternità di queste pratiche rispetto alla soluzione giudiziale preferita dal legislatore.

Alcuna giurisprudenza di merito li considerava tuttavia contratti non meritevoli di tutela ed in frode alla legge in quanto elusivi delle procedure concorsuali minori<sup>91</sup>. Si ammettevano infatti esclusivamente

---

*imprese*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 488; CENSONI, *(Le forme) e gli effetti degli accordi stragiudiziali per la soluzione delle crisi di impresa*, in BONFATTI - FALCONE (a cura di), *Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi di impresa*, in Quaderni di giurisprudenza commerciale, Milano, 1999, p. 30; PANZANI, *La gestione stragiudiziale dell'insolvenza*, in *Il Fall.*, 1997, p. 553; ROSSI, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, *Riv. soc.*, 1996, p. 321; VIVALDI, *Soluzioni stragiudiziali ed intervento del giudice*, in *Il Fall.*, 2003, p. 933; SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, I, 1998, p. 609. Per l'origine storica degli accordi stragiudiziali tra debitore e creditori si veda A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902; ID., *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Milano, 1962, p. 198; FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 9; SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., p. 278; CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII e XIV*, Torino, 1938, p. 126.

<sup>91</sup> Tra le sentenze che dubitavano sulla validità del concordato stragiudiziale si veda *ex multis* le non troppo remote Trib. Ferrara, 28 giugno 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 306, con nota di MENGHI, dove il giudice affermava l'obbligo in capo al debitore insolvente di richiedere in proprio il fallimento e «non avventurarsi in un concordato stragiudiziale che costituisce di per sé colpa grave», in quanto la disciplina fallimentare «sembra aver tolto ogni spazio residuo al concordato stragiudiziale»; Trib. Roma, 1° aprile 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 646, con nota di SARALE; App. Roma, 1° luglio 1985, in *Il Fall.*, 1986, p. 971; Trib. Roma, 6 dicembre 1986, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 533; Trib. Napoli, 17 luglio 1987, in *Dir. e giur.*, 1987, p. 552; Trib. Torino, 7 aprile 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, p. 655. In dottrina cfr. le voci critiche di

i concordati relativi a situazioni di crisi reversibili che quindi non potevano dar luogo ad un vero e proprio stato d'insolvenza. Ciò in quanto si riteneva che l'imprenditore commerciale in stato di decozione avesse l'onere di chiedere il proprio fallimento avviando dunque uno dei procedimenti concorsuali tipizzati, giacché qualora avesse percorso la rischiosa via dell'accordo stragiudiziale con un esito infausto sarebbe stato configurabile in tale condotta il reato di bancarotta semplice di cui all'art. 217 n. 4 l. fall., se non il più grave reato di bancarotta preferenziale *ex art.* 216, comma 3, l. fall., con conseguente nullità del concordato stragiudiziale per violazione di una norma imperativa<sup>92</sup>.

Aleggiava il dubbio che con il concordato stragiudiziale si oltrepassasse il limite di una legittima difesa di diritti privati, in quanto si riteneva imprescindibile l'intervento dell'Autorità giudiziaria per la necessità di tutelare principalmente la fede pubblica ed il credito sociale. Infatti, la Relazione del Guardasigilli al Re al n. 37 recitava: «la disciplina legale della cessione dei beni è sperabile che dia buoni frutti, soprattutto nel senso di eliminare quelle forme stragiudiziali di accomodamento che si risolvono in una sperequazione tra creditori e spesso in un disastro per lo stesso debitore che non raggiunge col suo totale sacrificio la liberazione». Del resto, anche terminologicamente si soleva parlare non di “accordi sulla crisi d'impresa” ma di “concordati stragiudiziali”, definendo l'intesa in negativo e soprattutto trascurando qualsiasi riferimento all'area contrattuale.

Ciononostante tali strumenti sono stati riconosciuti validi da varie pronunce di legittimità oltre ad essersi progressivamente affermati nella prassi, specie nei dissesti di maggiori dimensioni<sup>93</sup>.

---

BOLAFFIO, *Il componimento amichevole stragiudiziale non è concordato*, cit., p. 490; DIMUNDO, *Pactum de non petendo e insolvenza*, in *Il Fall.*, 1996, p. 905; BONGIORNO, *Il soddisfacimento dei creditori nella fase prefallimentare*, in *Atti del convegno “I problemi della dichiarazione di fallimento: composizione dell'insolvenza, piccolo imprenditore”*, Udine, 1994, p. 19, il quale ritiene che ammettere il concordato stragiudiziale comporti la lesione del principio della *par condicio creditorum* in quanto difficilmente tutti i creditori aderiranno all'accordo. Per un quadro di sintesi si vedano PETRUCCI, voce *Concordato stragiudiziale*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 523 e AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 2537.

<sup>92</sup> In particolare ABETE, *Il concordato stragiudiziale (tra autonomia privata e par condicio)*, cit., 668, affermava l'illiceità del concordato stragiudiziale in forza della legittimazione officiosa del Tribunale alla dichiarazione di fallimento.

<sup>93</sup> Per alcuni dati derivanti dall'osservazione della prassi si veda SCALERA, *Utilità o no del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1971, I, p. 13; BRONZINI, *Il fallimento del fallimento*, in

Il principale vantaggio offerto dalle convenzioni stragiudiziali è stato la totale libertà delle parti di determinare l'utilizzo ed i contenuti, in quanto consentono al debitore di mantenere la gestione dell'impresa, permettendo di adattare ciascun progetto di salvataggio alle peculiarità dell'impresa<sup>94</sup>, alla possibilità dei partecipanti ed alle condizioni del relativo mercato, con notevole risparmio di costi e di tempo rispetto alle procedure concorsuali legali. Infatti, si evita la perdita dell'avviamento, la senescenza e l'obsolescenza dei beni aziendali che può conseguire in attesa delle vendite nella procedura liquidativa.

Tale negoziato favorisce tuttavia i creditori "forti" i quali possono massimizzare le possibilità di recupero del proprio credito e ottenere pagamenti in spregio alla *par condicio*, mentre i piccoli creditori non in possesso di sufficienti informazioni, non possono essere coinvolti in maniera razionale nelle trattative e, se non troppo parcellizzati, devono quindi essere liquidati a stralcio (fissando una percentuale sull'importo totale dovuto). Di contro, l'imprenditore è indotto ad accettare l'intesa sebbene questa preveda condizioni per lui vessatorie, "aggrappandosi" alla via stragiudiziale pur di evitare la procedura concorsuale.

Risulta dunque evidente la difficoltà di ottenere l'adesione dei creditori dell'impresa in crisi, senza alcuna disposizione che imponga loro di prestare il consenso o di sottomettersi alla decisione della

---

*Dir. fall.*, 1972, I, p. 110. Più recentemente si richiamano in questa sede gli accordi di risanamento riguardanti i dissesti dei gruppi Belleli, Montedison, Cameli, Varasi-Santavaleria, Serafino Ferruzzi, Tripovich sui quali si veda: F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, cit.; SANSONE, *Il caso Tripovich*, in *Il Fall.*, 1996, p. 833; BELCREDI, *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi nei primi anni '90*, Milano, 1997; VIVALDI, *Il caso Serafino Ferruzzi s.r.l.*, in *Il Fall.*, 1996, p. 843. Il formante giurisprudenziale ha dato il suo contributo riconoscendo piena validità alle convenzioni stragiudiziali sebbene permanessero divergenze in merito alla pretesa unanimità dei consensi dei creditori ai fini della rimozione dell'insolvenza (si veda dopo l'iniziale Cass., 16 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 951; Cass., 8 febbraio 1989, n. 795 in *Il Fall.*, 1989, p. 609; Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 713; Cass., 28 ottobre 1992, n. 11722, in *Il Fall.*, 1993, p. 352). Cfr. inoltre FAUCEGLIA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, commento sub. Art. 182 bis*, in, *Codice commentato del fallimento*, diretto da LO CASCIO, Milano, 2008, p. 1605.

<sup>94</sup> Valutando ad esempio la struttura dell'impresa, il tipo di attività, la dimensione e le eventuali implicazioni socio-politiche. Sul punto si veda SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, cit., p. 618.

maggioranza<sup>95</sup>, con la costante “spada di Damocle” rappresentata dalla possibile azione esecutiva esperita da uno o più creditori sui beni dell'imprenditore o perfino dall'eventuale successiva dichiarazione di fallimento, accertato d'ufficio (prima della riforma) o su ricorso di parte<sup>96</sup>. Inoltre, l'efficienza degli accordi stragiudiziali è inficiata dalle eventuali asimmetrie informative, dovute alla mancanza di un organo giudiziario dotato di poteri autoritativi tali da permettergli di verificare la veridicità delle prospettazioni offerte dall'imprenditore in crisi.

A ciò si aggiunge che la continuazione dell'attività d'impresa esige sovente l'erogazione di nuova finanza la quale rende opportuno il riconoscimento di una prededucibilità non consolidabile in una soluzione stragiudiziale. L'assenza inoltre di garanzia di stabilità degli acquisti dei terzi costituisce un impedimento alla liquidazione, talvolta necessaria di alcuni settori di produzione.

Infatti, gli accordi di ristrutturazione sono *naturaliter* contraddistinti dall'esigenza di rintracciare nuova finanza ovvero liquidità per mezzo di operazioni di valorizzazione degli *assets* e dei beni aziendali reputati non strategici, in modo tale da permettere la prosecuzione dell'attività d'impresa e il pagamento dei creditori<sup>97</sup>. La volatilità di alcuni *assets* aziendali strettamente associati al c.d. *going concern* comporta una perdita effettiva di valori economici nell'ambito delle crisi d'impresa, se non è compensata da una gestione capace di creare le condizioni per ottenere l'erogazione di nuova finanza.

Bisogna inoltre considerare l'esposizione, una volta dichiarato il fallimento, alla revocatoria fallimentare e al rischio di essere qualificati penalmente illeciti. È infatti concreta la possibilità, per gli istituti di

---

<sup>95</sup> In merito cfr. GALGANO, *Note sull'organizzazione collegiale dei creditori concorsuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, II, p. 254; GALLESIO PIUMA, *Le adesioni alla proposta di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1970, II, p. 115; BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, XXIII, Padova, 1997, p. 218.

<sup>96</sup> Sul punto si veda ABBADESSA, *Liquidazione dell'impresa in dissesto e terapie alternative dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 1979, p. 113 e MAISANO, *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi*, Milano, 1989.

<sup>97</sup> Infatti, diretta conseguenza della crisi è la riduzione improvvisa dell'eventuale liquidità residua dell'impresa, a causa delle richieste di pagamento anticipato da parte dei fornitori, o della cessazione delle forniture che ostacola la prosecuzione dell'attività. In proposito si vedano le approfondite osservazioni di BONSIGNORE, *Il finanziamento all'impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in *Il Fall.*, 2009, allegato, p. 37.

credito che abbiano erogato nuova finanza in esecuzione dell'accordo, di essere sottoposti all'imputazione per bancarotta e ricorso abusivo al credito, e per l'imprenditore di essere imputato sia di bancarotta semplice per aver aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento, sia di bancarotta preferenziale ai sensi dell'art. 216 l. fall.. Gli accordi stragiudiziali risultavano dunque in bilico tra possibilità di realizzare il risanamento dell'impresa ed il pericolo di essere incriminati per aver concorso ad aggravare il dissesto.

Da qui l'esigenza, accolta dalla stagione delle riforme fallimentari, di regolamentare tali strumenti tramite la previsione dell'art. 182-*bis* l. fall., diretto a salvare il compendio produttivo dell'impresa in crisi<sup>98</sup>. Si raffigura un istituto fortemente connotato da un profilo privatistico e al contempo munito di garanzie e di tutele che ne assicurino una migliore efficacia. Si ribalta quindi la prospettiva officiosa della legge del '42 in base all'assunto che le parti private della crisi siano i migliori tutori dei

---

<sup>98</sup> Non è presente nell'ordinamento una norma che possa definire lo stato di crisi, generando, come detto, un'inevitabile incertezza. Una definizione normativa delle diverse fasi della crisi d'impresa risulterebbe invece utile al fine di identificare il presupposto oggettivo minimo per accedere all'istituto degli accordi di ristrutturazione *ex art.* 182-*bis*, e altresì allo scopo di predisporre un'operazione di salvataggio che corrisponda alle esigenze particolari e dunque al livello di gravità della crisi dell'impresa. In assenza di una definizione normativa è necessario rivolgersi ai criteri sviluppati dalla scienza aziendalistica, la quale nell'individuare le ragioni della crisi d'impresa, differenzia tra fattori interni e fattori esterni della stessa. Sotto questo profilo la dottrina aziendalistica ha identificato quattro fasi del processo patologico della crisi d'impresa. La fase iniziale detta di "incubazione del declino" è caratterizzata dai primi indizi di squilibrio frequentemente non percepibili agevolmente. La seconda fase è quella della "maturazione del declino" che si rivela con perdite di valore del capitale e la diminuzione dei flussi reddituali. La terza fase è quella delle "ripercussioni delle perdite" sui flussi finanziari, sull'immagine e la fiducia dell'impresa sul mercato, contraddistinta da un forte squilibrio economico. La quarta e ultima fase è quella in cui la crisi è ormai irreversibile e si manifesta nelle due forme dell'insolvenza o del dissesto. Nello stadio dell'insolvenza la ristrutturazione dell'impresa appare ancora possibile, anche se problematica e con fioche possibilità di successo. Con il dissesto invece l'impresa percorre la fase terminale della sua crisi distinta da un costante squilibrio economico, finanziario e patrimoniale, per cui la disgregazione del complesso aziendale diviene una risultato non evitabile con un'operazione di ristrutturazione. Si vedano in merito le riflessioni di PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?*, in *Il Fall.*, 2009, p. 25; e GUATRI, *Turnaround: declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, p. 110.

loro interessi, rifiutando al contempo la concezione assistenzialistica della già vista legislazione iniziata negli anni settanta<sup>99</sup>.

## 6. Il fecondo incontro tra autonomia privata e insolvenza

All'accentuazione del profilo negoziale corrisponde - quale tratto di fondo della nuova disciplina concorsuale - l'individuazione della giurisdizione in sé come fattore anticompetitivo, in quanto questa costituisce una delle maggiori cause di rallentamento e del costo elevato della procedura, oltre ad essere spesso d'ostacolo ai tentativi di risanamento delle imprese<sup>100</sup>. Non a caso prima della riforma fallimentare una ricerca della Banca d'Italia riportava come, a fronte di una durata di settantadue mesi e di quote di realizzo pari al trenta per cento per le procedure giudiziali, le convenzioni stragiudiziali

---

<sup>99</sup> Riecheggiano le parole di SCHLESINGER in *Crisi d'impresa e nuove regole: le esigenze dell'economia*, in JORIO (a cura di), *Nuove regole per le crisi d'impresa*, Milano, 2001, p. 155, il quale premettendo che «l'amministrazione della giustizia non può reggere il peso, assolutamente sproporzionato, di un accesso libero ed incondizionato al processo da parte di chiunque, per qualsiasi tipo di conflitto», osserva che anche nella disciplina concorsuale sia necessario introdurre dei filtri «con i quali limitare e regolare l'avvio di procedure giudiziali», affidando ai privati il tentativo di soluzione della crisi «senza subire né le prevaricazioni dell'imprenditore decotto, né i tempi burocratici di scelte giudiziali su materie che completamente fuoriescono dalla competenza e dalla cultura dei giudici».

<sup>100</sup> In proposito si vedano i risultati riportati in MASCIANDARO - RIOLO (a cura di), *Crisi d'impresa e risanamento - Ruolo delle banche e prospettive di riforma*, Milano, 1997; MINUTOLI, *Art. 25 l. f.*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2006, p. 199. All'interno della riforma sono numerosi gli elementi introdotti a scopo «deflattivo», basti pensare all'introduzione di soglie quantitative per l'applicazione della disciplina concorsuale che rappresenta una misura finalizzata ad eliminare il ricorso alle procedure per l'insolvenza di piccole imprese, naturali candidate alla chiusura per insufficienza di attivo e per le quali non avrebbe senso economico sostenere i costi connessi a complessi procedimenti. Anche l'istruttoria prefallimentare disciplinata dal nuovo art. 15 l. fall. mira alla stessa finalità «deflattiva» laddove si afferma che non si fa luogo a dichiarazione di fallimento se la complessiva esposizione debitoria, risultante dagli atti dell'istruttoria e relativa a debiti scaduti e non pagati, risulta inferiore ad una soglia pari a trentamila euro. In tal modo si evita l'apertura della procedura fallimentare nei casi in cui si possa presumere che i costi superino i ricavi.

consentissero di ottenere quote di realizzo pari al sessanta per cento in diciannove mesi<sup>101</sup>.

Alla c.d. “degiurisdizionalizzazione”<sup>102</sup> corrisponde la valorizzazione dell’autonomia negoziale<sup>103</sup> ed in particolar modo del contratto appunto quale strumento privilegiato di regolazione delle relazioni commerciali durante il dissesto<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> I risultati di tale ricerca sono riportati da TARTAGLIA, *Revocatoria fallimentare dei versamenti in conto corrente e ruolo delle banche nella crisi d’impresa*, in APICE (a cura di), *L’impresa in crisi: tra liquidazione e conservazione*, Roma, 2002, p. 213. Peraltro già negli anni cinquanta ASCARELLI, *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959, p. 504, evidenziava come la procedura comportasse una diminuzione dell’attivo ed un aumento del passivo. Sull’inefficienza della disciplina fallimentare e la sua incapacità a conservare i valori aziendali si vedano le riflessioni di JAEGER, *Crisi delle imprese e poteri del giudice*, in *Giur. comm.*, 1978, p. 869; SANSONE, *Risanamento dell’impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario*, in *Il Fall.*, 1998, p. 761; JORIO, *Dal concordato stragiudiziale alla soluzione stragiudiziale delle crisi d’impresa*, in *Il Fall.*, 1999, p. 759; VIETTI, *Diritto fallimentare e prospettive di riforma: da disciplina della crisi d’impresa a regola della relazione commerciale*, in *Il Fall.*, 2004, p. 601.

<sup>102</sup> Il termine è diffuso anche da prima della riforma come dimostra D’ALESSANDRO, in *La crisi dell’impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, cit., p. 418. Si veda inoltre FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 67. Sulla problematica compatibilità della “degiurisdizionalizzazione” con la cornice costituzionale, si veda COSTANTINO, *Economia e processo, Contributo alla definizione delle regole processuali nei conflitti economici*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, p. 7.

<sup>103</sup> Si richiama a mo’ di esempio l’espunzione dal corpo dell’art. 6 l. fall. dell’iniziativa d’ufficio, la predeterminazione nell’art. 7 l. fall. dei casi in cui il p.m. è legittimato a proporre la richiesta di fallimento, l’eliminazione del potere del giudice di apportare d’ufficio variazioni al progetto di ripartizione presentato dal curatore, i maggiori poteri attribuiti al comitato dei creditori, l’innovativa possibilità nel concordato preventivo di suddividere i creditori in classi riservando a classi diverse trattamenti differenziati. Si veda in proposito l’approfondita analisi di GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell’accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 349; e inoltre AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008; GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 907; MINUTOLI, *Vincolatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, in *Il Fall.*, 2008, p. 214. Tuttavia FABIANI, in *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in *Il Fall.*, 2008, p. 1098, rileva come «la presenza del p.m., quand’anche non pervasiva e, magari riletta in chiave di strumento di collaborazione per favorire l’uscita dalla crisi, spiega che il legislatore considera tuttora il fenomeno dell’insolvenza come un accadimento che non può essere confinato nel rapporto creditore-debitore, posto che sono incisi interessi superindividuali, spesso non catalogabili a priori».

<sup>104</sup> In merito ROSSI, nell’introduzione agli *Atti del convegno di studi “Crisi dell’impresa e riforme delle procedure concorsuali”*, Milano, 2006, p. 11, parla di

L'intervento dell'Autorità giudiziaria nella gestione della crisi dell'impresa si è viepiù attenuato a vantaggio dell'esperimento di soluzioni stragiudiziali a prescindere dalla prospettiva individuata nel risanamento dell'impresa ovvero nella sua liquidazione. Tuttavia, è evidente come l'arretramento del ruolo giudiziale si giustifichi maggiormente allorché si debba continuare un'attività economica per cui si dimostra più coerente ed efficiente adottare le regole che hanno precedentemente retto quell'attività rispetto ad affidarla ad un soggetto che non garantisce specifiche competenze economiche<sup>105</sup>. È possibile infatti osservare un progressivo affievolimento del ruolo di *dominus* della procedura e dei destini dell'impresa tradizionalmente attribuito all'organo giudiziario.

L'istituto degli accordi di ristrutturazione deve essere, quindi, interpretato *magis ut valeat*, ossia al meglio delle sue capacità espansive<sup>106</sup>, per scopi di salvataggio o di liquidazione, potendo essere impiegato da imprese in stato di insolvenza o che ancora non versano in tale situazione, come anche all'esito di un pre-concordato, ricevendo una maggiore garanzia di fattibilità e una maggiore tutela in caso di inadempimento<sup>107</sup>.

---

“fondamentalismo contrattualista”. Sull'uso dei contratti di diritto privato nella gestione della crisi dell'impresa CASTIELLO D'ANTONIO in *Prolegomeni al diritto della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 1994, I, p. 1113, considerava i c.d. “modelli preconcorsuali di risanamento di fonte convenzionale” proponendo una classificazione di tali accordi, basata sulla loro applicabilità a crisi d'impresa di crescente intensità: *factoring* per il risanamento di imprese in difficoltà; consolidamento dei debiti bancari; conversione di crediti bancari in capitale di rischio; concordato stragiudiziale nelle forme del *pactum de non petendo* e del *pactum ut minus solvatur*.

<sup>105</sup> Sul punto si veda DE SANTIS, *Il giudice delegato fallimentare tra «gestione» e «giurisdizione»; tracce per una riflessione de iure condendo*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 492.

<sup>106</sup> Tale principio, cardine della scienza interpretativa civilistica (*Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*, Iul. l. 12 D. *de rebus dubiis* 34, 5), è codificato anche in diversi ordinamenti nazionali ed sovranazionali, infatti si rinviene, oltre che nell'art. 1367 c.c. e nei corrispondenti artt. 1157 del *code civil* e 1284 del *código civil* spagnolo, anche all'art. 5.101 dei *Pecl*, all'art. 4.1 degli *Unidroit Principles*, e nel recente *Draft* all'art. II - 8:101.

<sup>107</sup> Per l'opposta tesi secondo la quale gli accordi di ristrutturazione dovrebbero interessare solo imprese non insolventi si veda CARLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed impresa in crisi*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 410; DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sull'insolvenza dell'impresa*, in BONFATTI -



Invero, l'accordo di risanamento debitorio può conciliarsi sia con la liquidazione concordata dell'impresa che con il salvataggio della stessa; mentre l'accordo di salvataggio ovvero di ristrutturazione in senso stretto, è finalizzato a realizzare un determinato programma di rilancio imprenditoriale<sup>108</sup>.

In presenza di un ceto creditorio composito e di numero elevato, qualora le attività dell'imprenditore si rivelino inferiori alle passività, vi è, infatti, il concreto rischio che i creditori distruggano risorse nel tentativo di appropriarsi prima possibile del patrimonio del debitore per soddisfare le loro pretese. Tale meccanismo comporta necessariamente la liquidazione dell'impresa con una perdita collettiva, visto che sovente l'azienda nel suo insieme risulta avere un valore complessivo superiore alla somma dei singoli beni.

Gli accordi di ristrutturazione consentono invece o di preservare l'impresa in un'ottica di continuità o di liquidare l'attivo in maniera ordinata ed efficiente, facendo gestire all'imprenditore ed ai creditori aderenti - con la previsione di garanzie per i creditori rimasti estranei - tale delicata fase impedendo il c.d. "assalto alla diligenza"<sup>109</sup>.

È possibile apprezzare il complesso fenomeno della ristrutturazione dei debiti come intreccio dei profili riferibili all'attività di impresa e al suo finanziamento, e a quelli relativi ai singoli crediti implicati. Infatti, la ristrutturazione dei debiti comporta la sostituzione della pluralità di fonti e dei titoli "originari" dei singoli rapporti obbligatori, i quali, all'esito della ristrutturazione saranno soddisfatti e dunque estinti<sup>110</sup>.

---

FALCONE (a cura di), *La nuova legge fallimentare «rivista e corretta»*, Milano, 2008, p. 253.

<sup>108</sup> Si vedano in merito le osservazioni di LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in DI MARZIO - MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 359.

<sup>109</sup> In proposito una oculata ricerca ha analizzato i problemi giuseconomici connessi all'azione collettiva nell'ambito delle procedure concorsuali. Con l'interesse ad una efficiente liquidazione dell'attivo si ribadisce inoltre l'importanza che assumono i meccanismi del diritto fallimentare nello sviluppo del sistema economico e nel funzionamento del mercato, per cui l'adozione di metodi efficienti di risoluzione della crisi influisce notevolmente sulla disponibilità degli imprenditori a conferire capitale di rischio: cfr. BIANCO - MARCUCCI, *La riforma delle procedure concorsuali. Le soluzioni normative negli Stati Uniti e in alcuni paesi europei*, in *Banca impresa soc.*, 2001, p. 19.

<sup>110</sup> L'espressione "ristrutturazione dei debiti" indica un'attività di riorganizzazione complessiva dei rapporti obbligatori e contrattuali dell'impresa, relativa all'intero coacervo di rapporti in corso. Il termine "ristrutturazione", di derivazione

Occorre, tuttavia, distinguere tra soddisfazione dei crediti e ristrutturazione, in quanto quest'ultima non si riferisce unicamente ai crediti anteriori, ma ammette e anzi tenta di favorire la presenza di nuovi apporti finanziari<sup>111</sup>.

## 7. La natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione dei debiti

È possibile, quindi, considerare gli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis* l. fall. come la naturale evoluzione degli accordi stragiudiziali, implementati e puntellati da tutele legali. Infatti, le problematiche già evidenziate con riferimento agli accordi stragiudiziali sono state recepite, pur non in un'unica riforma, dalle novelle che a partire dalla seconda metà degli anni 2000 hanno implementato l'istituto degli accordi di ristrutturazione.

---

aziendalistica ed estraneo al linguaggio del codice del 1942, si rintraccia nella legge n. 39 del 2004 (c.d. "Legge Marzano") relativa alla ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza, e nell'art. 27, comma 2, lett. g) del d.lgs. n. 270 del 1999 in materia di condizioni per l'ammissione all'amministrazione straordinaria, laddove si afferma che le concrete prospettive di un recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali devono potersi realizzare anche «tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata superiore a due anni (programma di ristrutturazione)». Si vedano sul punto ancora PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 131, e FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 842. Si vedano in generale sul tema tra gli altri FERRO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, II, Padova, 2008, p. 1418; BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 157; FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009.

<sup>111</sup> In merito alla differenza tra soddisfazione e ristrutturazione dei crediti FERRI JR., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2006, p. 747, osserva che si tratta «non già di una duplicità di punti di vista del medesimo fenomeno, bensì di una duplicità di forme di rilevanza giuridica ad esso ricondotte. In questa prospettiva, sembra in particolare potersi affermare che la ristrutturazione dei debiti, proprio in quanto fissazione di un nuovo statuto unitario del complessivo finanziamento dell'impresa, valga ad assorbire, ed a sostituire, la pluralità di fonti e di titoli "originari", tra loro diversi, dei singoli rapporti obbligatori: i quali allora, all'esito della ristrutturazione, risulteranno - per utilizzare un linguaggio tradizionale - "estinti"; ed è proprio quello di estinzione di tutti i crediti, e dunque dei corrispondenti debiti, il significato tecnico che, in questo contesto, deve essere assegnato al termine "soddisfazione"».

In particolare è stata ampliata la protezione del patrimonio dell'imprenditore che intende accedere all'istituto. Infatti, la riforma del 2007<sup>112</sup> ha introdotto la sospensione delle azioni cautelari o esecutive dei creditori per titolo e causa anteriore sul patrimonio del debitore (pur senza comminare esplicitamente alcuna sanzione in caso di violazione del divieto di agire), per sessanta giorni a partire dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese (nelle more le prescrizioni rimangono sospese e le scadenze non si verificano), in maniera simile a quanto previsto nel *Chapter XI* con l'*automatic stay*<sup>113</sup>. In tal modo, si è evitato che, prima dell'omologazione dell'accordo i singoli creditori possano avvalersi autonomamente dei rimedi civilistici di tutela individuale e preventiva del credito stabiliti per le ipotesi di insolvenza del debitore (quale tra gli altri la decadenza del debitore dal beneficio del termine ai sensi dell'art. 1186 c.c.), sottraendosi quindi alle regole e ai principi del concorso, nonché pregiudicando l'operazione di ristrutturazione dei debiti dell'impresa in crisi<sup>114</sup>.

La funzione della disposizione è quella di proteggere temporaneamente il patrimonio dell'imprenditore in crisi per consentirgli di predisporre gli accordi al riparo da azioni individuali dei creditori.

Con la novella del 2010<sup>115</sup> si è assistito ad un'ulteriore dilatazione della tutela patrimoniale, nel solco dell'ordinamento statunitense,

---

<sup>112</sup> Una panoramica sulle modifiche apportate dal d.lgs. n. 169 del 2007 è ricavabile da INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, cit., p. 917, e MARENGO - CARATTOZZOLO, *Il correttivo e i nuovi accordi di ristrutturazione*, in VIETTI - MAROTTA - DI MARZIO (a cura di), *Riforma fallimentare. Lavoratori preparatori e obiettivi*, Torino, 2008, p. 181.

<sup>113</sup> Analogamente la circolare del Ministero del Lavoro – D.G. Ammortizzatori sociali – Div. IV – N. prot. 14/4314 del 17 marzo 2009 ammette le imprese che hanno stipulato un accordo di ristrutturazione al trattamento di Cassa Integrazione Straordinaria a decorrere dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, condizionato alla mancata omologazione dell'accordo.

<sup>114</sup> Si ricorda infatti che nelle procedure individuali i creditori hanno facoltà di avvalersi singolarmente ed autonomamente delle azioni a tutela della loro pretesa, in considerazione della circostanza che il debitore può soddisfare i propri creditori nell'ordine in cui si presentano, secondo la regola espressa dal noto brocardo *prior in tempore potior in iure*.

<sup>115</sup> Per un'ampia analisi della riforma operata dal d.l. n. 78 del 2010, convertito con modificazioni dalla legge n. 122 del 2010, si veda AMBROSINI, in *Il nuovo diritto*

impedendo, come già stabilito dall'art. L 611-4 ss. del *Code de Commerce* francese riguardo al tentativo di *conciliation*<sup>116</sup>, che il patrimonio destinato a sostenere l'operazione di ristrutturazione possa essere disgregato dalle azioni esecutive dei singoli creditori insoddisfatti nella fase di ricerca e di edificazione dell'accordo. Lo scopo evidente di tale protezione si rintraccia nell'evitare operazioni di c.d. "*moral hazard*" che potrebbero favorire singoli creditori a scapito della possibilità di buon esito del tentativo di ristrutturazione. In particolare, si sancisce il divieto per sessanta giorni, su istanza dell'imprenditore, di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive anche durante la negoziazione.

La stessa riforma, con la novella di cui all'art. 182-*quater* l. fall., ha, altresì, assegnato alla c.d. nuova finanza, ovvero ai finanziamenti concessi "in esecuzione" dell'accordo omologato un rango prededucibile, in modo da favorire la circolazione di ricchezze immobilizzate in tempi più brevi, con sacrifici ripartiti teoricamente su più soggetti<sup>117</sup>.

---

*fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, in JORIO - FABIANI (a cura di), *Commentario sistematico*, Bologna, 2010, p. 1168; RACUGNO, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in BUONOCORE - BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, I, Padova, 2010, p. 470.

<sup>116</sup> Si veda merito GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 265.

<sup>117</sup> Prima della riforma era controverso se la nuova finanza erogata nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, in particolare quella non garantita, potesse godere del beneficio della prededucibilità ai sensi dell'art. 111, comma 2, l. fall. secondo il quale sono considerati prededucibili i crediti sorti in occasione o in funzione della procedure concorsuali di cui alla presente legge. Una parte della dottrina escludeva l'applicazione di tale norma agli accordi di ristrutturazione in considerazione della natura autonoma di quest'ultimo istituto rispetto al concordato preventivo, e dell'assenza di un controllo del giudice nella fase esecutiva dell'accordo successiva all'omologazione (in tal senso si veda *ex multis* FERRO, *Art. 182-bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Nuovo dir. soc.*, 2005, n. 24, p. 56; VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.*, cit., p. 871; MARABINI, *La gestione delle crisi d'impresa alla luce della riforma delle procedure concorsuali*, cit., p. 259; AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 2557). Altri invece affermavano l'applicazione della suddetta norma ritenendo che in ogni caso gli accordi di ristrutturazione dovessero qualificarsi quale procedura concorsuale benché autonoma dal concordato preventivo (per tale posizione cfr. su tutti FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, p. 85; GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare, La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, p. 255; VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, p.

Inoltre, si è avuta l'introduzione dell'art. 217-bis l. fall., secondo il quale le disposizioni penali in tema di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato e del piano di risanamento.

Da ultimo, la recente legge n. 134 del 2012 ha reso possibile il passaggio dal concordato preventivo agli accordi di ristrutturazione dei debiti (e viceversa) anche nel corso di un'istruttoria fallimentare, conservando inalterate le tutele delle trattative e anzi, anticipandole nel tempo con l'introduzione del c.d. concordato preventivo c.d. "in bianco". In quest'ultimo caso, il debitore può attivare la procedura prima ancora di aver concluso gli accordi con i creditori, depositando un semplice ricorso, con la riserva di depositare in un secondo momento il piano, la proposta e gli ulteriori documenti entro un termine stabilito dal giudice. In tal modo si anticipa la protezione dalle azioni esecutive e cautelari, nonché gli effetti del concordato al momento della pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese.

Gi accordi di ristrutturazione conservano anche dopo le su menzionate riforme la loro natura essenzialmente contrattuale. Infatti, in tale istituto si verificano le dinamiche prettamente negoziali, difettando invece gli elementi tipici che connotano le procedure concorsuali<sup>118</sup>.

---

495; VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, cit., p. 1107, il quale in particolare riteneva che bisognasse riconoscere la prededucibilità unicamente a quella nuova finanza esplicitamente prevista dall'accordo e nella misura in esso contemplata).

<sup>118</sup> Sia consentito in merito il rinvio a NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2012, p. 376. Si vedano, inoltre, le lucide riflessioni di AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO, *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2008, p. 172; PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, cit., p. 561; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, I, p. 12; NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 382; PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, in *Fallimento*, 2006, p. 193; FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 bis l. fall.*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 2566; CASTIELLO d'Antonio, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 609; SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 347; PATTI, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, p. 104. Per una differente visione si vedano *ex multis* le riflessioni di DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.*, in *Corr. giur.*, 2010, 2, p. 245, e FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*,

Tramite gli accordi di ristrutturazione il diritto fallimentare, invero, adotta una forma di contratto rafforzato dalla presenza del giudice in funzione stabilizzatrice: non più *iudex gestor* ma *iudex statutor*. Il giudice non esercita infatti alcun controllo sulla gestione del debitore dopo il deposito dell'accordo o dopo l'omologazione, né la legge stabilisce un trattamento predeterminato o comunque paritario dei creditori aderenti<sup>119</sup>.

Si nota quindi l'assenza di una procedimentalizzazione in quanto dalla lettera della norma emerge come non sussista un provvedimento di apertura, né sia presente la nomina di organi quali un giudice delegato, un commissario, un amministratore giudiziale, ovvero un comitato dei creditori. Le parti agiscono infatti nel pieno esercizio della loro autonomia contrattuale, stabilendo tempi e modalità della formazione dell'accordo. L'imprenditore in crisi, inoltre, resta *dominus* dell'impresa non realizzandosi alcun spossessamento.

Inoltre, manca il carattere dell'officiosità e non opera la regola della maggioranza, in quanto la circostanza che essa sia raggiunta con il sessanta per cento dell'esposizione debitoria rappresenta solo una soglia di rilevanza esterna ed oggettiva di affidabilità del tentativo di risanamento. Tale percentuale integra una condizione per l'omologazione<sup>120</sup>,

---

Padova, 2009, p. 151. Cfr. in giurisprudenza gli spunti offerti da Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, e Trib. Milano, 21 dicembre 2005, entrambi in *Fallimento*, 2006, 669; Trib. Milano, 25 gennaio 2007, *ivi*, 2007, 701; Trib. Udine, 22 giugno 2007, *ivi*, 2008, 701 e Trib. Piacenza, 2 marzo 2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>119</sup> Si vedano in proposito le riflessioni di STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 316 e TARZIA, *Pubblico e privato nella gestione dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 259. Per un'analisi della normativa si veda PICONE, *La Reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993 e FERRI, *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 65. Nella disciplina anteriore alla riforma BONGIORNO, *Il tramonto del carattere sanzionatorio del fallimento nella riforma del sistema normativo concorsuale: dall'infamia alla premiazione dell'imprenditore dissestato*, cit., p. 223, evidenziava che il rischio dei concordati stragiudiziali si rintraccia nei non chiari metodi di soddisfacimento dei creditori, fondati per lo più su un trattamento differenziato tra i diversi creditori, e pertanto auspicava l'intervento del giudice allo scopo di assicurare una corretta gestione, anche in considerazione dell'interesse pubblico al fenomeno dell'insolvenza.

<sup>120</sup> In tal senso si vedano PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, *Fallimento*, 2006, p. 189; DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. La «meno incerta» via italiana alla «reorganization»?*, in *Fallimento*, 2007, p. 710; MANENTE, *Non omologabilità degli ac-*

potendo di conseguenza essere conseguita anche quando gli accordi sono già in corso di esecuzione<sup>121</sup>.

La mancata soggezione alle regole concorsuali non si arresta, peraltro, neppure alla deroga al principio della *par condicio creditorum* là dove ciascun creditore raggiunge un accordo con l'imprenditore convenendo qualsiasi tipo di trattamento del suo credito. Infatti, l'istituto *ex art. 182-bis l. fall.* non coinvolge tutti i creditori, i quali non sono organizzati come collettività dei creditori ma come somma di tante teste. Risulta dunque assente anche l'elemento di universalità proprio delle procedure concorsuali. Pertanto, l'imprenditore in crisi può regolare, nel pieno rispetto dell'autonomia privata, la definizione dei rapporti al fine di ottenere un sufficiente numero di consensi e scegliere i creditori cui proporre l'accordo.

Nondimeno, la caratteristica essenziale che non consente di annoverare gli accordi di ristrutturazione tra le procedure concorsuali è la mancanza della finalità di regolazione del dissesto in ossequio al principio del concorso. Invero, l'istituto di cui all'*art. 182-bis l. fall.*, benché presenti l'inibizione delle azioni individuali, non presenta una concorsualità né di ordine processuale, come volta a preservare la *par condicio creditorum*, esauendosi nell'attuare il principio di universalità della responsabilità patrimoniale, né di ordine sostanziale, volta ad assicurare una gestione unitaria della crisi approntando un regime normativo quale quello che disciplina l'espressione del voto nel concordato

---

*cordi ex art. 182 bis l. fall. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 309; COPPOLA, *Aspetti pratici dell'accordo per la ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.fall. e prime soluzioni giurisprudenziali*, su [www.fallimentoonline.it](http://www.fallimentoonline.it), 2006.. In giurisprudenza si veda Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, 136, e Trib. Piacenza, 2 marzo 2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). L'opinione contraria secondo la quale l'ottenimento della percentuale minima come requisito deve sussistere prima dell'omologazione, per cui le eventuali adesioni dei creditori pervenute successivamente non sanerebbero il mancato raggiungimento della soglia del sessanta per cento è supportata da NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 675; VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, cit., p. 1100; FERRO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in ID. (a cura di), *La legge fallimentare*, II, Padova, 2008, p. 1428; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p. 895; TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 577; ed in giurisprudenza Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, p. 669; App. Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, p. 297.

<sup>121</sup> Si veda in merito MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fallimento*, 2008, p. 1054.

preventivo<sup>122</sup>. Infatti, difetta una sovrastruttura che vigila sulla gestione e sulla regolare attuazione degli accordi che il giudice deve omologare, e inoltre il divieto di esperire azioni esecutive e cautelari ha un'efficacia limitata a sessanta giorni.

Inoltre, il procedimento di concessione della protezione della fase delle trattative rappresenta una misura automatica che deriva non da un provvedimento giudiziale ma direttamente dalla legge, e che termina necessariamente dopo sessanta giorni dalla pubblicazione, dopo i quali il diritto dei creditori di aggredire il patrimonio dell'imprenditore si riepande. La moratoria delle azioni esecutive è quindi meramente funzionale a facilitare la riuscita dell'operazione, proteggendo l'accordo dall'azione dei creditori c.d. *free riders*. Il legislatore della riforma, inoltre, ha voluto porre l'imprenditore più che l'accordo in una "campana di vetro" in vista dell'omologazione, in quanto la proposta di accordo depositata ai sensi del comma 6 dell'art. 182-*bis* l. fall., potrebbe essere anche totalmente differente dall'accordo depositato ai fini dell'omologa, senza che sussista alcun obbligo di corrispondenza.

Alla natura contrattuale degli accordi non osta neppure il trattamento riservato ai creditori non aderenti in quanto il pagamento integrale dei creditori estranei rappresenterebbe un elemento fondante l'accordo stesso. Infatti, l'assicurazione dell'integrale pagamento per i creditori che non sottoscrivono l'accordo è una condizione dell'omologabilità della ristrutturazione, ovvero un requisito *ex lege* per ottenere l'esenzione dall'azione revocatoria. In altre parole, l'integrale soddisfazione dei creditori estranei rileva non in quanto requisito dell'atto, bensì come condizione esterna ad esso, non certo integrante una condizione di validità<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> Sul punto infatti DE SENSI, *La concorsualità nella gestione delle imprese in crisi*, Roma, 2009, p. 236, definisce la concorsualità come «un regime giuridico di disciplina di situazioni generalmente caratterizzate da conflittualità tra più soggetti e che non è funzionale in termini esclusivi rispetto al concorso, andando ad abbracciare obiettivi più ampi che oggi sono anche di tipo gestionale e partecipativo».

<sup>123</sup> In tal senso, cfr. VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, in DI MARZIO - MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 233, *contra* DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Dir. fall.*, 2011, p. 8, che lo considera un requisito per l'omologa.



Al pari, non si può ritenere rilevante ai fini della qualificazione la c.d. moratoria di pagamento fino a quattro mesi per i creditori estranei, prescritta dall'ultima riforma del 2012 all'art. 182-*bis* l. fall.: il contratto di cui all'art. 182-*bis* l. fall. produce infatti certamente effetti *ultra vires* sul piano oggettivo, ma non su quello soggettivo<sup>124</sup>.

In particolare, la norma che prescrive una c.d. moratoria di quattro mesi non impone un differimento operante *ex lege* dell'originario termine di scadenza dell'obbligazione, ma incide sul profilo dell'esigibilità dei crediti, i quali non saranno esigibili benché scaduti. Peraltro, lo stesso art. 1372 c.c. nell'escludere che il contratto produca effetti per i terzi, fa salvi i casi previsti dalla legge.

Pertanto, l'accordo di ristrutturazione anche dopo l'introduzione della c.d. moratoria per i creditori estranei, resta una *res inter alios acta*, coerentemente con l'assunto, affermato dalla nota pronuncia di legittimità sul c.d. caso Meroni, per cui il principio dell'art. 1372 c.c. non riguarda "gli effetti riflessi che il contratto, per il solo fatto della sua esistenza, può produrre anche fuori della sfera giuridica dei contraenti"<sup>125</sup>.

Nell'armamentario offerto dal legislatore nella stagione delle riforme, l'accordo di ristrutturazione dei debiti delle imprese in crisi di cui all'art. 182-*bis* l. fall. incarna, dunque, lo strumento principe in cui si esalta l'incontro tra autonomia negoziale e insolvenza, espressione del nuovo corso che privilegia la volontà dei creditori limitando l'intervento giurisdizionale e i rimedi concorsuali a carattere processual-pubblicistico<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> In argomento, valgono le osservazioni ancora di DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 33; GENTILI, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 349; ID., *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 633.

<sup>125</sup> In tal senso cfr. Cass., sez. un., 16 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, p. 142. Nella stessa decisione si legge che l'art. 1372 c.c. "statuendo che, salvi i casi previsti dalla legge, il contratto non produce effetto rispetto ai terzi, significa soltanto che, in ossequio al principio di autonomia contrattuale, il contratto non può produrre gli effetti, che esso è destinato a creare ed in vista dei quali è stato stipulato, a vantaggio o a danno di altri soggetti che non abbiano partecipato alla sua formazione: quel che la norma esclude è, dunque, soltanto l'indebita proiezione degli effetti propri del contratto nella sfera giuridica dei terzi".

<sup>126</sup> In generale sul vigore e sulla continua centralità del codice civile ed in particolare della parte generale del diritto dei contratti si vedano le riflessioni di BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv.*

Si verifica, in questo senso, una sorta di “ritorno al futuro” dal momento che si recupera, sotto l’insegna del diritto comune, quella vicinanza tra la disciplina delle imprese e la materia fallimentare, poi interrotta dal legislatore del ‘42, che caratterizzava anche topograficamente il codice di commercio del 1882, in cui era presente l’accordo amichevole di natura contrattuale<sup>127</sup>.

A tale vicinanza corrisponde adesso una nuova considerazione della crisi come fenomeno fisiologico nella vita delle imprese le quali possono utilizzare il dissesto per risanarsi mediante il c.d. *turnaround* e, come l’araba fenice, tornare a produrre valore<sup>128</sup>, non su impulso del pubblico potere, ma valorizzando le istanze delle voci del mercato all’interno di una nuova cornice normativa.

---

*crit. dir. priv.*, 2008, p. 347; BUSNELLI, *Tramonto del codice civile?*, in AA. VV., *Leggi, giudici, politica. Le esperienze inglese e italiana a confronto*, Milano, 1983, p. 211; DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 9; GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, p. 211.

<sup>127</sup> Sul punto cfr. ancora FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, 49.

<sup>128</sup> Si veda in proposito GUATRI, *Turnaround: declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, con, in appendice, l’illustrazione del dissesto e del risanamento del gruppo Rizzoli negli anni 1982-1984.



**DALLA VOLKSBANK ALLA BANCA POPOLARE:  
ORIGINI DEL DIBATTITO SU “FORMA” E “SOSTANZA” DI UN  
ISTITUTO CONTROVERSO**

**Giovanni Romano**

*Assegnista di ricerca in Diritto commerciale nell’Università degli Studi  
di Siena*

*Le Banche Popolari (“Popolari”) rappresentano ormai un rilevante segmento del complessivo sistema bancario italiano. Nonostante siano disciplinate, in accordo alla struttura cooperativa che rivestono, in modo peculiare dal Testo unico bancario, la reale natura mutualistica di queste imprese è fortemente dibattuta. In progresso di tempo molte di esse sono in effetti divenute grandi banche, ordinariamente operanti tanto con i propri soci quanto con i terzi, mostrando di comportarsi, specie per ciò che riguarda la remunerazione del capitale investito, in modo non diverso da qualunque altra organizzazione con scopo lucrativo, al punto da far ritenere ai più che nulla sia rimasto della loro originaria indole “popolare” e “cooperativa”. Scopo principale di questo lavoro è quello ripercorrere le ragioni di ordine storico, giuridico e politico-economico che hanno condotto le Popolari in una posizione assai lontana dai cosiddetti principi classici della cooperazione. Storicamente, la cooperazione nel settore di credito è nata in Germania intorno alla metà del XIX sec., per poi essere replicata in Italia (così come in molti altri paesi) alcuni anni più tardi. Alla luce di ciò, ulteriore obiettivo della ricerca che qui si presenta è quello di mostrare le mutazioni subite dall’originario modello tedesco della “Volksbank” nel corso del relativo processo di adattamento all’idea che di credito popolare venne professata e messa in pratica in Italia da parte di Luigi Luzzatti.*

*Banche Popolari (“Popolari”) nowadays constitute an important segment of the overall Italian banking system. According to their cooperative structure, Popolari are peculiarly regulated by the TUB (the Italian Banking Act). Nevertheless, their real co-operative nature is fiercely debated among scholars. In time, in fact, many Popolari have become very large banks that don’t operate exclusively for the benefit of their members, routinely providing with their services (mainly credit) non-members as well; additionally, such firms behave similarly to any*

*other profit-oriented organization, normally remunerating their members for the capital subscribed instead of benefiting them in proportion to their transactions with the co-operative, so that many argue that nothing is actually left of their original “popular” and “co-operative” characterization. The main purpose of this paper is to highlight the historical, legal as well as the political-economic reasons that originally put Popolari far from identifying themselves within the so called classic co-operative principles. Historically, cooperative banking firstly appeared in Germany in the middle of the XIX century and thence it was replicated in Italy (as well as in several further countries) some years later. In the light of this, the research presented herein also aims at stressing the main differences between the original German Volksbank model and its subsequent adaptation to Luigi Luzzatti’s idea of Banca popolare in Italy.*

Sommario

1. Le origini della cooperazione di credito nella Germania del XIX sec.
2. Le ragioni originarie ed il ruolo delle banche cooperative
3. Le cooperative del tipo Schulze-Delitzsch, ovvero le “banche popolari”
4. Le cooperative del tipo Raiffeisen, ovvero le “casse rurali”
5. La fase d’impianto delle Banche popolari in Italia: introduzione
6. (*segue*) I profili giuridici
7. Il processo di revisione degli statuti degli anni ‘60-’70 e le critiche alle Banche popolari quali “istituzioni borghesi” e “non cooperative”
8. Un confronto con il modello della *Volksbank* tedesca delle origini
9. (*segue*) Il “vizio d’origine” delle Banche popolari italiane: il difficile connubio tra scopo mutualistico e forma di anonima per azioni a responsabilità limitata e le implicazioni politiche sottese a tale scelta sulla strada che porta al Codice di commercio del 1882
10. Dalla *Volksbank* alla Banca popolare: ulteriori osservazioni sui modelli d’origine
11. Prime conclusioni

«*In guisa così semplice, mediante l'associazione si ottiene la riunione di molte piccole forze, nessuna delle quali nel suo isolamento sarebbe stata capace, in via nemmeno lontana, di mettere riparo ad uno dei più grandi mali della nostra vita sociale che, nel gigantesco svolgimento della grande industria, minaccia l'indipendenza del ceto medio industriale.*»

(Hermann Schulze-Delitzsch, *Delle Unioni di credito, ovvero Banche popolari*, Liepzig, 1867)

«*Ma bisogna intendersi bene circa il significato di queste parole cooperativo e popolare [...]. [L]e banche popolari [...] fanno ogni sorta di operazioni anche con i non soci [...]. E qui si trova un'altra delle ragioni della loro facile diffusione, poiché, comportandosi in tal modo, esse non sono che piccole banche ordinarie.*»

(Ugo Rabbeno, *La cooperazione in Italia*, Milano, 1886)

## 1. Le origini della cooperazione di credito nella Germania del XIX sec.

Benché certa autorevole letteratura le abbia definite un originale “caso italiano”<sup>1</sup>, le Banche popolari non furono, nel momento in cui fecero la loro comparsa nel nostro sistema bancario nella seconda metà del XIX sec., il frutto di un'italica invenzione, bensì rappresentarono, piuttosto e per così dire, un “prodotto d'importazione”, le origini del nuovo tipo di istituzione di credito essendo infatti rinvenibili, nello stesso torno di tempo, in Germania.

Difatti, è convincimento pressoché unanime, nella storiografia economica, che così come come la Francia elaborò il tipo della cooperazione di produzione<sup>2</sup> e l'Inghilterra quello della cooperazione di consumo<sup>3</sup>, la Germania del XIX sec. elaborò la cooperazione nel campo

<sup>1</sup> POLSI, *Alle origini del capitalismo italiano*, Torino, 1993, 193.

<sup>2</sup> Cfr. RABBENO, *Le società cooperative di produzione*, Milano, 1889; TAMAGNINI, *Appunti di storia della cooperazione*, in *Riv. coop.*, 1960, 491 ss.; nonché GAUMONT, *Histoire Générale de la Coopération en France*, Paris, 1924.

<sup>3</sup> La *Rochdale Society of Equitable Pioneers*, apparsa nel 1844 come strumento di emancipazione dalla posizione di inferiorità economica e sociale alla quale i 28 tessitori

del credito, nella sua duplice veste di cooperazione di credito urbano e di cooperazione di credito rurale<sup>4</sup>.

Ideatori ed al tempo stesso realizzatori ne furono due filantropi, Hermann Schulze von Delitzsch e Friedrich Wilhelm Raiffeisen, i quali, benché portatori di due diverse visioni di solidarietà e reciprocità, nel compiere l'opera loro mossero da due principi comuni: un approccio etico all'economia, nella quale scorgevano una scienza capace di ispirare azioni dirette al miglioramento delle condizioni degli uomini; ed una concezione non neutrale della finanza, tra i cui obiettivi includevano il conseguimento di migliori assetti organizzativi e produttivi all'interno della società<sup>5</sup>. Queste premesse si tradussero nella introduzione di due differenti modelli di istituzioni di credito: le associazioni di credito urbano dello Schulze – che egli denominò *Volksbanken*, ossia “banche popolari”<sup>6</sup> – e le associazioni di credito agricolo del Raiffeisen – che egli denominò *Darlehenskassenvereine*, ossia “casse sociali di credito”<sup>7</sup>.

---

fondatori avevano intuito di essere altrimenti condannati nella nazione che, nel compiere la sua rivoluzione industriale, prima di ogni altra aveva introdotto il sistema della fabbrica e del lavoro salariato, è unanimemente considerata, in ragione della chiara definizione dell'idea economica che l'animava (elevazione dei lavoratori, per il tramite dell'associazione, alla posizione, essi stessi, di imprenditori capitalisti) e dei principi organizzativi in cui quell'idea si tradusse (una “testa-un voto”, “porta aperta”, rilievo delle qualità personali dei cooperatori, gestione democratica, vendita dei prodotti al prezzo di mercato e ripartizione degli utili tramite la tecnica del ristorno non anticipato, costituzione di un fondo riserva per l'autofinanziamento e per il sostegno di altre iniziative cooperative), la prima forma di cooperativa di consumo moderna, il modello dal quale «come dal granello di senapa [...] germinarono, fiorirono e si diffusero similari benefiche istituzioni in tutti i Paesi in cui poteva essere esercitata la loro funzione in clima di libertà economica». Così TAMAGNINI, *Appunti di storia della cooperazione*, cit., 590. Sulla storia dei “Probi Pionieri” di Rochdale cfr. colui che ne fu insieme testimone e sostenitore, HOLYOAKE, *The History of Rochdale Pioneers*, pubblicata in dieci diverse edizioni tra il 1844 ed il 1893, e tradotta anche in Italia col titolo *La storia dei Probi Pionieri di Rochdale*, Roma, 1953. Per approfondimenti sull'esperienza cooperativa inglese cfr. BONNER, *British co-operation*, Manchester, 1961.

<sup>4</sup> Per una introduzione alla storia della cooperazione di credito in Germania, della quale si tratterà specificamente *infra*, § 2 ss., cfr., sin da ora, TAMAGNINI, *Appunti di storia della cooperazione*, cit., 727 ss. Per le origini ed i successivi sviluppi del sistema generale della cooperazione tedesca, cfr., invece, ASCHOFF - HENNINGSSEN, *Das deutsche Genossenschaftswesen. Entwicklung, Struktur, wirtschaftliches Potential*, Frankfurt am Main, 1995.

<sup>5</sup> PECORARI, *Cooperazione di credito e banche popolari in Italia nel secondo Ottocento: dal “modello” luzzattiano alla prassi*, in *Storia econ.*, 2002, I, 151 s.

<sup>6</sup> *Infra*, § 3.

<sup>7</sup> *Infra*, § 4.

Non è di certo questa la sede ove approfonditamente indagare intorno alle ragioni che permettano di capire perché fu proprio nel contesto tedesco ed in quel preciso momento storico che sorsero istituzioni di credito operanti secondo l'idea dell'associazione cooperativa. Tuttavia, prima di descrivere il modo d'essere delle associazioni di credito introdotte da Schulze-Delitzsch e da Raiffeisen, e prima di vedere in che modo, sulla scia dell'esperienza tedesca, il credito popolare venne introdotto in Italia, sarà comunque utile riflettere, anche solo per un momento, su quelli che furono i principali "motivi d'origine" della cooperazione di credito nel contesto di un'economia, quella tedesca dell'epoca appunto, allora già decisamente avviata verso la strada di una compiuta industrializzazione.

## 2. Le ragioni originarie ed il ruolo delle banche cooperative

La Germania fu l'ultimo tra i cc.dd. *first-comer*, ossia l'ultimo tra i Paesi che presero parte alla prima ondata di industrializzazione, l'ultimo a mettersi in moto<sup>8</sup>. Alla fine di questo processo, tuttavia, la trasformazione dell'economia del paese appariva davvero impressionante. Da paese prevalentemente agricolo, con industrie organizzate secondo il modello della produzione artigianale, la Germania era diventata un grande centro manifatturiero con unità di produzione gigantesche. Alla vigilia della prima guerra mondiale, l'impero tedesco unificato era la più potente nazione industriale europea: essa possedeva le più grandi industrie del ferro e dell'acciaio e loro derivati (materiale bellico incluso), dell'energia elettrica, dei macchinari e dei prodotti chimici.

---

<sup>8</sup> In questo senso CAMERON - NEAL, *Storia economica del mondo*, Vol. II, *Dal XVIII sec. ai giorni nostri*, trad. it. di Arganese, Bologna, 2005, 380. Su posizione diversa BELLI, *Legislazione bancaria italiana (1861-2010)*, nel suo *Corso di legislazione bancaria*, Tomo I, Pisa, 2010, 58, il quale colloca la Germania tra i cc.dd. *late-comer*, ossia tra quei Paesi che, come l'Italia, la Spagna ed il Giappone, tra gli altri, giunsero secondi nella corsa verso il progresso industriale. Per vero, lo stesso Autore sottolinea come la distinzione tra *first-* e *late-comer* non sia altro che una di quelle comode astrazioni concettuali cui spesso si ricorre allorché occorra semplificare, a fini di narrazione, le intricate vicende della storia. Fuori dalla schematizzazione, appare in effetti più corretto sostenere che *late-comer* furono quei Paesi che arrivarono allo sviluppo industriale in epoche successive, secondo percorsi e modalità diversi rispetto a quelli seguiti dall'Inghilterra, che di quel tipo di sviluppo fu l'antesignana. Adde, al riguardo, CIPOLLA, *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, Bologna, 2002, 413 ss.



Immense risorse di carbone erano disponibili nelle regioni della Ruhr, della Saar e della Slesia, ciò che rese la sua produzione di carbone seconda solamente a quella britannica. La tecnica dei minatori tedeschi aveva acquisito una fama di livello mondiale ed il paese era ormai all'avanguardia nella produzione di vetro, strumenti ottici, metalli non ferrosi, tessili ed altri prodotti di manifattura. Possedeva, infine, una delle reti ferroviarie più dense, ed aveva raggiunto un elevato grado di urbanizzazione. Le fiere di Lipsia e di Francoforte sul Meno erano diventate importanti crocevia per gli scambi internazionali e grandi quantità di merci transitavano sul Reno e sugli altri fiumi tedeschi<sup>9</sup>.

Ed è affermazione ricorrente – e sostanzialmente corretta, salvo risultare talvolta eccessivamente enfatica<sup>10</sup> – quella secondo cui a giocare un ruolo decisivo nello sviluppo industriale della Germania furono proprio le banche. Tra il 1830 ed il 1850, infatti, il fiorire del commercio prima, e la comparsa dell'industria poi, produssero una significativa amplificazione delle esigenze di credito, le quali vennero soddisfatte da istituti privati di nuova proliferazione, i quali presero ad occuparsi sistematicamente di significative operazioni di investimento, finanziando ed assumendo cointeressenze in grandi imprese industriali<sup>11</sup>, specialmente nel settore dell'industria pesante e delle costruzioni ferroviarie, il cui sviluppò rappresentò, come suole dirsi, il momento di vero e proprio “decollo” dell'industrializzazione tedesca<sup>12</sup>.

Nasceva così la banca “mista”, ossia quella specie di banca (o, meglio, di istituzione finanziaria<sup>13</sup>) *omnibus* nel contempo operante tanto

---

<sup>9</sup> Per una approfondita digressione sullo sviluppo industriale della Germania del XIX sec., cfr., indicativamente, PIERENKEMPER - TILLY, *The German economy during the nineteenth century*, Oxford, 2004; HENDERSON, *La rivoluzione industriale in Germania, Francia e Russia (1800-1914)*, trad. it. di Olivieri, Napoli, 1971; STOLPER - HÄSER - BORCHARDT, *Deutsche Wirtschaft seit 1870*, Tübingen, 1964; CAMERON - NEAL, *Storia*, cit., 380 ss.

<sup>10</sup> Una revisione critica del modo in cui gli storici dell'economia hanno comunemente rappresentato la posizione delle grandi *Kreditbanken* nel processo di industrializzazione della Germania è stata tentata da GUINNANE, *Delegated Monitors, Large and Small: The Development of Germany's Banking System, 1800-1914*, Yale University Economic Growth Center Working Paper No. 835, August 2001.

<sup>11</sup> Cfr. TILLY, *Germania 1815-1870*, in CAMERON (a cura di), *Le banche e lo sviluppo del sistema industriale*, Bologna, 1975, 192.

<sup>12</sup> Cfr. HENDERSON, *La rivoluzione industriale*, cit., *passim*.

<sup>13</sup> La natura di banca ne fu, infatti, talvolta messa in discussione: cfr. WAGNER, *Beiträge zur Lehre von den Banken*, Leipzig, 1857, 221.

sul versante del credito commerciale a breve-medio termine, quanto su quello degli investimenti di rischio a lungo termine, così come pure in attività bancarie di promozione e di intermediazione sul mercato dei titoli<sup>14</sup>, la cui presenza avrebbe caratterizzato lo stesso modo d'essere del sistema finanziario tedesco a partire dalla seconda metà del XIX secolo e per i tempi a venire<sup>15</sup>.

Date queste premesse, alla base dell'apparizione delle banche cooperative in Germania sembra possibile individuare due specifiche ragioni, entrambe intimamente connesse al modo d'essere del sistema e-

---

<sup>14</sup> Sul modello della banca mista nella Germania della seconda metà del XIX sec., così come pure per i successivi sviluppi del sistema bancario tedesco, cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, BÜSCHGEN, *The Universal Banking System in the Federal Republic of Germany*, in *2 J. of Comp. Corp. L. and Sec. Reg.* (1979), 1 ss.; BAUMS - GRUSON, *The German Banking System - System of the Future?*, in *XIX Brooklyn J. Int'L L.* (1993), 101 ss.; WHALE, *Joint Stock Banking in Germany. A Study of the German Creditbanks Before and After the War*, London, 1968; NARDOZZI, *Tre sistemi creditizi: banche ed economia in Francia, Germania e Italia*, Bologna, 1983, 44 ss.; SOUVIGNIER, *Die Entwicklung des Bankwesens 1850-1914*, Ludwig-Maximilians-Universität München Seminar für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, München, 1997; DI CAPUA, *Il sistema bancario tedesco*, Quaderni di ricerche dell'Ente per gli studi monetari, bancari e finanziari Luigi Einaudi, n. 56, 2003; GUINNANE, *Delegated Monitors*, cit., 33 ss.; e TILLY, *La banca universale in una prospettiva storica: l'esperienza tedesca*, in *Banca impresa e società*, 1990, I, 3 ss.

<sup>15</sup> Nella prima metà del XIX sec., in Germania non poteva certo dirsi esistente un vero e proprio "sistema" bancario. La presenza di numerosi Stati sovrani, ciascuno con un proprio sistema monetario e di coniazione, rappresentava, infatti, un significativo ostacolo alla formazione di un organamento bancario unitario. Comunque, nel periodo storico che si sta ora considerando, anche questo ulteriore processo venne avviato, per essere poi portato a termine quando, con la fondazione dell'Impero nel 1871, fu finalmente introdotto un sistema monetario unico basato sul marco e, in seguito, nel 1875, fondata la *Reichsbank*, la quale, oltre a godere del monopolio dell'emissione, operava da vera banca centrale, in grado, come tale, di sostenere col credito d'ultima istanza le *Kreditbanken* che versassero in ristrettezza di liquidità, rendendo così possibile l'assunzione da parte del settore bancario di rischi ancora maggiori a sostegno del vigoroso processo di industrializzazione del paese. Sulle complesse vicende politico-economiche che scandirono la formazione del sistema bancario tedesco, cfr. BORCHARDT, *Economia e finanza*, nella Parte I (*Dalla fondazione dell'Impero alla prima guerra mondiale*) del volume della DEUTSCHE BUNDESBANK (a cura di), *Economia e finanza in Germania (1876-1948)*, trad. it. di Antonacci e Segreto, Milano-Roma, 1988, 7 ss.; JAMES, *Die Reichsbank 1876 bis 1945*, in DEUTSCHE BUNDESBANK (a cura di), *Fünfzig Jahre Deutsche Mark. Notenbank und Währung in Deutschland seit 1948*, München, 1998, 29 ss.; e TAMAGNINI, *Appunti di storia della cooperazione*, cit., 729 ss.

conomico tedesco per come esso venne delineandosi, nei modi che si sono accennati, a partire dalla seconda metà del XIX sec.

La prima ragione attiene alla morfologia propria del sistema bancario del paese, nel senso che le banche cooperative nacquero per servire, grazie alla raccolta del risparmio minuto, quei settori dell'economia, quali l'agricoltura, l'edilizia, le piccole imprese commerciali ed artigiane, trascurati dalle grandi banche universali, tutte intente al finanziamento di un numero relativamente ristretto di grandi progetti industriali o, comunque, di imprese già ben avviate. Il fatto che tali segmenti dell'economia non fossero raggiunti dall'attività spiegata dalle grandi banche azionarie è, quindi, in un certo senso, l'elemento capace di spiegare, in termini di loro genesi economico-imprenditoriale, la comparsa e lo sviluppo, accanto a queste ultime, di altre tipologie di intermediari finanziari, quali le piccole banche private locali, le casse di risparmio e, appunto, le cooperative di credito, che quel vuoto colmarono con un'attività sin da subito attenta alle esigenze di quella parte di popolazione che ancora abitava le zone rurali e le piccole aree urbane<sup>16</sup>.

Il secondo elemento che dà ragione dello sviluppo delle banche cooperative in Germania è da ricondurre, invece, alla "funzione-obiettivo" propria del movimento cooperativo generalmente considerato, ossia al suo volersi proporre quale risposta alla c.d. questione sociale che il processo di industrializzazione aveva recato seco<sup>17</sup>. La rivoluzione industriale tedesca, infatti, così come del resto era già avvenuto in Gran Bretagna ed altrove, non si produsse certo senza conseguenze sul piano sociale. Invero, quello che, in prospettiva, è oggi considerato un periodo di grandioso sviluppo economico, nel momento in cui si

---

<sup>16</sup> Cfr., al riguardo, TILLY, *La banca universale*, cit., 7 s., che nelle casse di risparmio e nelle banche cooperative individua, appunto, delle istituzioni inizialmente "complementari" alle grandi banche commerciali, con le quali, in un secondo momento, si venne tuttavia a creare un rapporto di più diretta competizione su vari segmenti del mercato. Per approfondimenti, cfr. pure ID., *Germania 1815-1870*, cit., 178 ss.; TAMAGNINI, *Le Casse Rurali. Principi, storia, legislazione*, Roma, 1952, 40 ss.; POHL, *Savings Banks and Credit Cooperatives in Germany: Competitors in the Same Markets for 150 Years?*, in *The J. of Europ. Econ. Hist.*, 2-3, 2008, 317 ss.; GUINNANE, *Delegated Monitors*, cit., 18 ss., 31 ss.; ed AMBROSIUS, *Lo stato come imprenditore: economia pubblica e capitalismo in Germania nel XIX e XX secolo*, Milano, 1994, 55 ss.

<sup>17</sup> Sulle principali motivazioni d'ordine sociale alla base dell'avvio dell'esperienza cooperativa tedesca, cfr., tra le prime opere volte a diffondere la conoscenza del fenomeno della cooperazione di credito in Italia, l'approfondita narrazione di ROSSI, *Del credito popolare nelle odierne associazioni cooperative*, Firenze, 1880, 15 ss.

andava realizzando, per larghi strati della popolazione significò il venir meno di tutta una serie di consolidate certezze e stabili punti di riferimento, che altro non fece se non accrescere l'insicurezza dei singoli all'interno di una società diventata ben più dinamica di quanto non lo fosse stata in passato<sup>18</sup>.

In una prospettiva socio-economica, le banche cooperative tedesche nacquero proprio come istituzioni appositamente pensate per contribuire al miglioramento materiale delle condizioni di esistenza di quei gruppi sociali che dal processo di industrializzazione rischiavano di ricavare solamente miseria ed emarginazione. La questione non era certo limitata ai soli lavoratori delle fabbriche, ch , anzi, la povert  minacciava seriamente di colpire anche gli artigiani, i contadini, i domestici, i piccoli proprietari (il *Mittlestand*, insomma)<sup>19</sup>; tutti, in un modo o nell'altro, colpiti nelle rispettive economie dalla trasformazione in senso capitalistico dei modi della produzione<sup>20</sup>.

Verso tutte queste categorie sociali, incapaci di competere, in assenza di adeguato sostegno finanziario, con la enorme concentrazione di potere economico prodottasi in capo alle grandi aziende capitalistiche, fu perci  primariamente rivolta l'opera realizzata da Schulze-

---

<sup>18</sup> Cos  BORCHARDT, *Economia e finanza*, cit., 29.

<sup>19</sup> Cfr. HENDERSON, *La rivoluzione industriale*, cit., 73 s., il quale osserva come «[l]a condizione dei lavoratori delle fabbriche rappresent  soltanto un aspetto – e non il pi  importante – della “questione sociale”. [...] E infatti, l'opera di molti dei principali riformatori sociali in Germania, negli anni 1850- 1870, fu rivolta a migliorare le condizioni di vita degli artigiani, dei contadini, dei piccoli negozianti e dei domestici. Le banche cooperative di risparmio, fondate da Raiffeisen e Schulze-Delitzsch, per esempio, aiutavano queste classi». L'affermazione secondo cui in Germania ci si orient  sin da subito verso una cooperazione per lo pi  intesa come strumento di razionalizzazione capitalistica a difesa del ceto medio, era contenuta gi  in RABBENO, *Le societ  cooperative*, cit., 292 s. («  per la piccola industria che sorgono le societ  di credito»); e si trova riproposta anche negli studi successivi: cfr., ad esempio, BONFANTE, *La legislazione cooperativa. Evoluzioni e problemi*, Milano, 1984, 20, ivi nota n. 26 e testo corrispondente («In Germania [la] cooperazione [viene] intesa per lo pi  come strumento di difesa del *Mittlestand*»). Ci  che, in pratica, fece dello strumento cooperativo una sorta di muro contro la diffusione dell'ideologia socialista: cfr., su tale questione, ancora BONFANTE, *op. cit.*, 38; e TAMAGNINI, *Appunti di storia della cooperazione*, cit., 727.

<sup>20</sup> Cfr. LABADESSA, *L'organizzazione cooperativa. Storia delle realizzazioni tipiche e delle dottrine*, Roma, 1953, 193; e BOTTERI, *Economia cooperativa*, Roma, 1969, 72.

Delitzsch e da Raiffeisen tramite l'introduzione delle istituzioni di credito cooperativo<sup>21</sup>.

Ed è proprio su questo secondo piano che è possibile cogliere quelli che furono i più importanti elementi distintivi del movimento cooperativo tedesco delle origini, il cui indubbio elemento di novità fu rappresentato dal fatto che, a differenza di quanto era avvenuto in Inghilterra

---

<sup>21</sup> Al di là delle notazioni che sull'opera dei due riformatori sociali verranno fornite nei paragrafi successivi, sullo specifico tema dell'impegno che Raiffeisen e Schulze-Delitzsch vollero approfondire nella ricerca dei mezzi più adeguati a risolvere i problemi nascenti dalla c.d. questione sociale, in una letteratura domestica alquanto ampia, cfr., indicativamente, KALTENBORN, *Hermann Schulze-Delitzsch und die Soziale Frage*, Delitzsch, 2006; e SCHERER, *Raiffeisen und die Soziale Frage*, Neuwied am Rhein, 1953. È comunque il caso precisare che l'essere state le cooperative di credito tedesche, sin dal momento della loro stessa apparizione, orientate a sostenere le varie componenti del ceto medio, non fu un fatto che dipese in modo esclusivo dalla formazione e dalle convinzioni politiche dei loro padri fondatori, dal momento che, al contrario, ciò fu altresì diretta conseguenza del loro stesso "modo d'essere economico". In altri termini – e più chiaramente – occorre rilevare come le cooperative di credito altro non siano (almeno alle origini) che delle società tra "consumatori" di quel bene affatto particolare che è il capitale monetario, il quale serve ad acquistare quegli altri beni a loro volta strumentali alla produzione di beni definitivi o di consumo tramite l'esercizio di un'industria, di un'arte, di una professione, etc., da parte di coloro che quel capitale monetario si prefiggono di conseguire proprio per mezzo del credito loro accordato dalla libera associazione tra essi costituita. Data questa premessa generale, ne risulta, allora, che «se i soci delle cooperative di credito promuovono delle imprese per avere dei capitali necessari, è evidente che essi sono, e non possono non essere, che emanazione di determinate categorie professionali. Le Banche Popolari, ad esempio, come è confermato [...] dalla loro genesi storica, hanno per scopo di procurare il credito agli artigiani, ai piccoli industriali, ai piccoli commercianti ed ai professionisti, considerati nel loro aspetto di produttori di speciali beni e servizi, che operano nell'ambiente cittadino e a cui le banche ordinarie non avrebbero aperto i loro sportelli». Sono parole di TAMAGNINI, *Le Casse Rurali*, cit., 21 (di cui si veda anche *Cooperazione di credito. Le Banche Popolari*, in *Riv. coop.*, 1962, 219 ss.), le quali rendono chiaramente ragione di quanto già affermava RABBENO, *Le società cooperative*, cit., 296, alloquando l'illustre studioso rilevava come, in verità, nel programma delle *Volksbanken* di Schulze, «gli operai non erano contemplati, né lo potevano essere: [...] le banche popolari [...] ad essi non potevano recare alcun vantaggio», dal momento che fine ultimo di quel programma era quello di «porgere all'artigiano della piccola industria [...] il sostegno che gli era venuto a mancare con la corporazione, e che gli era tanto più necessario di fronte al movimento generale delle industrie». In Germania, agli operai sarebbe stata destinata, ma solo in un secondo momento – e comunque sempre in via subordinata –, la cooperazione di consumo e quella di produzione. Di tutti questi aspetti occorrerà tener debito conto al fine di poter correttamente indagare il tema – che in effetti fu assai discusso nella loro fase d'impianto – del carattere effettivamente "popolare" delle banche cooperative introdotte in Italia sulla scia dell'esempio tedesco: cfr. *infra*, § 5 ss.

ed in Francia, al centro del progetto fu messa non già la produzione o il consumo, bensì il credito. In un contesto caratterizzato da una forte insufficienza di capitali a disposizione delle aziende rurali, artigiane e piccolo-commerciali, e di fronte alla constatata impossibilità, proprio a causa della mancanza dei mezzi finanziari necessari, di intraprendere qualsiasi tentativo di trasformazione ed ammodernamento delle strutture produttive necessarie al miglioramento delle condizioni delle classi sociali di riferimento<sup>22</sup>, fu proprio nel credito che gli interpreti di quel progetto individuarono il necessario punto di partenza, il perno sul quale sviluppare, in un secondo momento, una volta che le associazioni di credito fossero favorite e prosperate, tutto un complesso sistema di società cooperative operanti anche nei settori del consumo, della produzione e della trasformazione<sup>23</sup>.

Prima di passare a considerare le Banche popolari nella loro fase di impianto nel contesto italiano, appare utile descrivere brevemente i diversi modelli gius-economici, così come pure le diverse sottostanti concezioni (*lato sensu*) politiche, delle *Volksbanken* di Schulze-Delitzsch e delle *Darlehenskassenvereine* di Raiffeisen, dal momento che ciò permetterà, al momento opportuno<sup>24</sup>, di comprendere il riprodursi, anche in Italia, della distinzione tra i due modelli della Banca popolare e della Cassa rurale e artigiana (oggi Banca di credito cooperativo), i quali furono originariamente plasmati e circolarono per via di autonomia statutaria in contesti – tanto quello tedesco, quanto quello italiano – che ancora non conoscevano una legislazione *ad hoc* per l'impresa di tipo bancario, e, per vero, neppure un diritto comune della cooperazione dotato di un sufficiente grado di organicità<sup>25</sup>. Dello sviluppo della legislazione, ovviamente, dovrà parimenti tenersi conto al fine di comprendere appieno quelle che furono le vicende evolutive delle società cooperative di credito per come oggi le conosciamo<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. ASCHHOFF - HENNINGSSEN, *Das deutsche Genossenschaftswesen*, cit., 19.

<sup>23</sup> Cfr., in questo senso, GOGLIO - LEONARDI, *Le radici del credito cooperativo sotto il profilo teorico e storico*, EURICSE Working Paper N. 011110, 12, 20; E.C. COLOMBO, *Radici, consolidamento e crescita del credito cooperativo tra ottocento e novecento*, in CARRETTA (a cura di), *Il credito cooperativo*, Bologna, 2011, 23.

<sup>24</sup> *Infra*, § 5 ss.

<sup>25</sup> Cfr., indicativamente, COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007, 35 ss.

<sup>26</sup> L'utilità di una tale digressione storica risulta ancor più evidente ove si ponga mente al fatto che oggi, per ragioni che attengono tanto a vicende di forte integrazione prodottesi all'interno del circuito della cooperazione di credito, quanto all'evoluzione

### 3. Le cooperative del tipo Schulze-Delitzsch, ovvero le “banche popolari”

Hermann Schulze da Delitzsch<sup>27</sup>, in quanto primo convinto sostenitore e realizzatore della cooperazione urbana di credito, è unanimemente considerato il vero e proprio “inventore” delle banche popolari<sup>28</sup>.

Ciò di cui Schulze-Delitzsch ad un certo momento si rese conto, fu il modo in cui il progresso industriale aveva improvvisamente imposto ai piccoli imprenditori (piccoli industriali, commercianti, artigiani, etc.), la necessità di reperire il capitale fisso necessario per compiere quel rinnovamento delle proprie attività da cui dipendeva la loro stessa sopravvivenza economica, così come pure di disporre di un sufficiente capitale circolante<sup>29</sup>. Quello di cui questi strati di popolazione abbis-

---

della relativa disciplina giuridica, nell’ordinamento bancario e nella legislazione cooperativa tedesca non v’è più spazio per quella duplicità di moduli organizzativi originariamente rispondenti ai due prototipi di Schulze e Raiffeisen. Duplicità di modelli che, seppur con le trasformazioni subite nel corso del tempo, ancora si ritrova, invece, nel TUB del ‘93, e che non sarebbe possibile spiegare se non indossando, appunto, le lenti della storia. Per notizie in merito alla conformazione attuale del sistema delle banche cooperative tedesche, cfr., per i profili istituzionali, il già citato volume di ASCHOOFF - HENNINGSSEN, *Das deutsche Genossenschaftswesen*, cit., 55 ss. Per l’aspetto giuridico, cfr., invece, BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*, München, 2011, per ciò che attiene ai profili societari disciplinati dalla legge generale sulle cooperative; e BOOS - FISCHER - SCHULTE MATTLER, *Kreditwesengesetz*, München, 2012, in merito ai profili giusbancaristici disciplinati dalla legge bancaria.

<sup>27</sup> Sulla vita e le opere di Schulze-Delitzsch (1808-1883), che fu magistrato, pubblico amministratore e uomo politico di rilievo, e che, nel 1873, fu insignito dall’Università di Heidelberg della laurea *honoris causa* quale fondatore del diritto cooperativo tedesco, cfr., in una letteratura alquanto copiosa, KALTENBORN, *Hermann Schulze-Delitzsch*, cit., 8 ss.; nonché FAUST, *Geschichte der Genossenschaftsbewegung*, Frankfurt am Main, 1977, 193 ss. Con riguardo alla sua concezione del fatto cooperativo, nella letteratura più recente, cfr. anche i vari saggi contenuti in AA.VV., *Hermann Schulze-Delitzsch. Weg – Werk – Wirkung*, Neuwied, 2008; e in AA.VV., *Hermann Schulze-Delitzsch und die Konsum-, Produktiv- und Wohnungsgenossenschaften*, Norderstedt, 2011.

<sup>28</sup> Cfr. TAMAGNINI, *Appunti di storia della cooperazione*, cit., 737.

<sup>29</sup> LEONARDI, *Dalla beneficenza al mutualismo solidale: l’esperienza cooperativa di F.W. Raiffeisen ed i suoi primi riflessi in Italia*, in ZAMAGNI (a cura di), *Povertà e innovazioni istituzionali in Italia. Dal Medioevo ad oggi*, Bologna, 2001, 555. I caposaldi del pensiero di Schulze sono contenuti nel suo *Capitel zu einem deutschen Arbeiterkatechismus: Sechs Vorträge vor dem Berliner Arbeiterverein*, Leipzig, 1863, di cui cfr. anche la trad. it. di Bozzalla, *Catechismo di economia politica ad uso degli operai tede-*

gnavano erano, dunque, istituzioni in grado di erogare credito per cifre ben inferiori a quelle, solitamente elevate, intermedie dalle banche allora esistenti<sup>50</sup>, e che, inoltre, fossero disposte a concederlo senza avanzare l'ulteriore pretesa, anch'essa tipica delle banche commerciali già operanti, di ottenere garanzie reali da coloro i quali a garanzia del credito altro non avevano da offrire se non il proprio lavoro, la propria capacità produttiva, l'impegno e l'onestà<sup>51</sup>. Dal momento che, tuttavia, il lavoro e le qualità morali, in concreto, non risultavano condizioni sufficienti per l'accesso al credito, poiché notevoli erano i rischi di menomazione della capacità produttiva del singolo (malattie, infortuni, disoccupazione, etc.), assai di frequente si verificava che questi piccoli operatori economici rimanessero vittime dell'usura privata, alla quale, in quella che talvolta era una vera e propria lotta per la sopravvivenza, costoro non avevano spesso alternative realmente praticabili<sup>52</sup>.

Di fronte a queste difficoltà, sino ad allora a molti apparse come insormontabili, la grande novità fu rappresentata dal ricorso all'elemento dell'associazione<sup>53</sup>: per Schulze-Delitzsch, tutte le volte in cui le forze dell'individuo, contrariate da circostanze esterne, fossero risultate insufficienti allo scopo, sarebbe piuttosto dovuta intervenire la libera associazione per completare e permettere d'ottenere coll'unione delle forze di parecchi il risultato che invano si sarebbe aspettato da quello d'uno solo<sup>54</sup>. E queste associazioni, pensate per favorire, tramite la mutualità, le economie personali dei loro membri, avrebbero dovuto essere stabilite allo scopo di superare la vecchia idea della beneficenza, introducendo, in luogo di essa, il concetto del *Selbsthilfe*, ossia dell'"auto-aiuto"<sup>55</sup>.

---

*sch*, pubblicata in BOCCARDO (a cura di), *Raccolta delle più pregiate opere moderne italiane e straniere di Economia politica*, Vol. IX, Tomo 3, Torino, 1891, 657 ss.

<sup>50</sup> Le quali, del resto, avevano una prospettiva imprenditoriale ben diversa, orientate com'erano a legarsi in maniera profonda e (spesso) duratura alla grande industria: cfr. *supra*, note nn. 13-16 e testo corrispondente.

<sup>51</sup> Cfr. ASCHHOFF - HENNINGSEN, *Das deutsche Genossenschaftswesen*, cit., 20 s.

<sup>52</sup> Cfr., tra i molti, LABADESSA, *L'organizzazione cooperativa*, cit., 193 s.

<sup>53</sup> Cfr. VIGANÒ, *Le banche popolari*, Milano, 1863, 148 ss.

<sup>54</sup> Cfr. SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito, ovvero Banche popolari*, Liepzig, 1867, trad. it. di Pascolato e Manzato, con introduzione di Luzzatti, Venezia, 1871, 70.

<sup>55</sup> «La dimostrazione di questo principio fondamentale ci è data nel più splendido modo dall'esperienza delle istituzioni di cui si parla in questo scritto [...]. [E]sse hanno fornito il loro compito senza sussidio di simil genere, per mezzo della sola associazione



In altre parole, le nuove cooperative di credito avrebbero avuto il compito di aiutare solamente chi, mediante il compimento dei previ atti di risparmio necessari a costituire la somma da pagare per l'acquisto di una quota di partecipazione al capitale della banca, si fosse dimostrato in grado di aiutare se stesso, poiché, in questo modo, sarebbe riuscito possibile non solo di evitare di riproporre la costituzione di enti di mera beneficenza<sup>56</sup>, bensì anche di declinare ogni offerta di soccorso che, sotto qualsiasi forma, fosse provenuta dallo Stato<sup>57</sup>: le nuove istituzioni avrebbero dovuto dimostrare di essere imprese affatto private ed, in quanto tali, in tutto e per tutto bastevoli a se stesse<sup>58</sup>.

Questa idea di fondo dell'associazione cooperativa di credito, fu declinata da Schulze-Delitzsch in una serie di regole istituzionali ed operativo-funzionali alle quale le sue *Volksbanken* vennero puntualmente informate, risultando così in breve tempo capaci di assurgere ad efficace strumento per l'erogazione del credito a classi sociali solitamente escluse dall'area di operatività del sistema bancario tradizionale.

---

di operai e di artigiani, per la massima parte poco agiati; e lo fornirono con una larghezza che abbracciava tutti i bisogni degli associati, senza lasciar desiderare cosa alcuna sotto questo rapporto [...]. Il credito che negavasi ai singoli individui isolati fu concesso senza esitanza ad un'associazione, nella quale ciascuno era responsabile di tutti, per modo che, dopo pochi anni, queste unioni furono in condizioni sì prospere da non sapere come impiegare le somme loro offerte da ogni parte [...]. [M]ediante l'associazione si ottiene la riunione di piccole forze, nessuna delle quali nel suo isolamento sarebbe stata capace, in via nemmeno lontana, di mettere riparo ad uno dei più grandi mali della nostra vita sociale, che, nel gigantesco svolgimento della grande industria, minaccia l'indipendenza del ceto medio industriale» (SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 69 ss.).

<sup>56</sup> Cfr. LEONARDI, *Dalla beneficenza al mutualismo solidale*, cit., 556.

<sup>57</sup> «Para cumplir su finalidad política la cooperación debía ante todo permanecer libre de toda influencia del Estado y de los poderes públicos»: in questi termini, riferendosi al pensiero dello Schulze, MARTÍNEZ SOTO, *El cooperativismo alemán entre 1860-1930: sistemas y evolución*, Documentos de Trabajo – Sociedad Española de Historia Agraria, disponibile all'indirizzo [www.seha.info](http://www.seha.info), 2.

<sup>58</sup> Cfr., a tal riguardo, LABADESSA, *L'organizzazione cooperativa*, cit., 194; nonché ASCHOOFF-HENNINGSEN, *Das deutsche Genossenschaftswesen*, cit., 20. E fu proprio su tale questione di fondo che, ad un certo momento, si innestò l'aspra polemica intervenuta tra Schulze-Delitzsch e Ferdinand Lassalle, il quale piuttosto propugnava l'idea socialista di una cooperazione operaia supportata dallo Stato. Sullo scontro tra le opposte visioni dei due avversari cfr., diffusamente, FAUST, *Geschichte*, cit., 255 ss.; e FLIEGER, *Selbsthilfe contra Staatshilfe. Der Konflikt zwischen Hermann Schulze-Delitzsch und Ferdinand Lassalle*, in AA.VV., *Hermann Schulze-Delitzsch und die Konsum-*, cit., 98 ss.

Le *Volksbanken*, innanzitutto, venivano ad assumere struttura propriamente societaria, nel senso che i piccoli industriali, gli artigiani, i commercianti, e tutti coloro i quali avessero voluto godere dei benefici della mutualità, avrebbero dovuto farsi soci<sup>39</sup>, venendo così a partecipare non solo ai detti benefici, bensì anche alle eventuali perdite dell'intrapresa comune<sup>40</sup>. Già quest'aspetto – come poi avrebbe notato anche Luzzatti<sup>41</sup> – valeva di per sé a capovolgere l'ordinario concetto di banca, dal momento che le unioni schulziane, prima di offrire il credito, lo domandavano, nel senso che esse richiedevano ai soci, quasi a testimonianza della loro propensione al sacrificio ed all'impegno individuale, di contribuire, tramite previ atti di risparmio, a munire la società di un capitale proprio, ed al contempo di garantire personalmente e solidalmente, sia pur in via sussidiaria rispetto al suo patrimonio, le obbligazioni da essa contratte coi terzi<sup>42</sup>.

Elementi fondanti ed imprescindibili delle banche cooperative di matrice schulziana, erano, infatti, il capitale sociale e la responsabilità illimitata dei soci<sup>43</sup>. La responsabilità personale, solidale ed illimitata (*unbeschränkte Haftung*), anzitutto, era necessaria al fine di offrire adeguate garanzie al mercato, e, in particolare, al sistema bancario presso cui le unioni di credito avrebbero dovuto prendere a prestito i capitali necessari per l'esercizio del credito a favore dei soci, posto che il gruppo originario degli stessi non sarebbe da solo risultato in grado di dotare sin da subito la società dei mezzi finanziari all'uopo necessari<sup>44</sup>. Le banche creditrici avrebbero così trovato la garanzia delle proprie ragioni nel patrimonio personale dei soci, oltre che nel capitale

---

<sup>39</sup> Cfr. SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 78.

<sup>40</sup> Cfr., sul punto, TAMAGNINI, *Appunti di storia della cooperazione*, cit., 743.

<sup>41</sup> LUZZATTI, *La diffusione del credito e le banche popolari*, Padova, 1863, 60.

<sup>42</sup> Cfr. PECORARI, *Cooperazione di credito e banche popolari*, cit., 157 s.

<sup>43</sup> Cfr. SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 71.

<sup>44</sup> Superata la delicata fase d'avvio, era necessario che una prospettiva di solida sicurezza venisse altresì offerta ai potenziali depositanti, mirando le *Volksbanken* ad attrarre, come mezzi ordinari del loro esercizio, principalmente i depositi dei risparmiatori. Il che equivaleva alla volontà di aggiungere alla funzione di unione di prestito quella di cassa di risparmio, di tal guisa assumendo «il tipico carattere di veri enti creditizi dei quali vengono ad avvantaggiarsi sia i soci che i terzi» (TAMAGNINI, *Cooperazione di credito*, cit., 222). Solamente in subordine, ossia in situazione di eventuale carenza di depositi, ovvero a fronte di bisogni contingenti, le unioni avrebbero dovuto ricorrere al risconto del proprio portafoglio presso il sistema degli istituti di credito ordinario: cfr. SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 131 s.

proprio della società formato con i conferimenti eseguiti dagli stessi soci a fronte dell'emissione di quote di partecipazione alla *Volksbank*<sup>45</sup>.

Parimenti importante era, infatti, che la *Volksbank* fosse dotata di un capitale proprio<sup>46</sup>, il quale non solo avrebbe integrato, in ciò affiancandosi alla responsabilità personale dei suoi membri, le ragioni di garanzia patrimoniale su cui i terzi avrebbero potuto fare affidamento, ma avrebbe altresì offerto maggiore sicurezza tanto ai soci, dal momen-

---

<sup>45</sup> *Ivi*, 72, 97, 116 ss., 127, ove lo Schulze, proprio in ragione dell'elemento della responsabilità personale dei soci – ed in ciò contrapponendole all'«associazione di capitali nella forma che assume di società per azioni» – qualificava giuridicamente le *Volksbanken* come società di persone. Le prime cooperative, in verità, erano per lo più venute organizzandosi conformemente alle leggi sul diritto di associazione e riunione vigenti nei diversi Stati tedeschi, e mentre ciò non aveva creato particolari problemi di fronte al diritto pubblico (tali associazioni, infatti, nella misura in cui si fossero limitate a perseguire scopi leciti e d'indole affatto privata, vale a dire privi d'ogni rilevanza politica, non avrebbero necessitato, ai fini della loro costituzione e venuta ad esistenza, dell'autorizzazione della pubblica autorità, risultando all'uopo piuttosto sufficiente la mera denuncia al magistrato politico), era sul piano del diritto privato, ossia in punto di capacità d'acquisto ed esercizio dei diritti patrimoniali da parte della cooperativa in qualità di soggetto distinto dalle persone dei soci e dei suoi amministratori, che la loro posizione era apparsa non pienamente definita dal punto di vista giuridico, dal momento che la legislazione civile allora vigente, nel trattare del diritto di società, non aveva previsto misure capaci di dar adeguata risposta ai bisogni – anzitutto di carattere organizzativo – dei nuovi istituti: cfr., ampiamente, la digressione dello stesso Schulze, *ivi*, 81 s., 125. Né la situazione era migliorata in seguito all'entrata in vigore dell'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*, ossia del codice generale tedesco di commercio del 1861, poiché neppure esso si era preoccupato di dar spazio ad una specifica disciplina delle società cooperative: cfr. BOTTERI, *La normativa delle cooperative nella legislazione della Repubblica Federale Tedesca*, in *Riv. coop.*, 1980, 88 ss. La condizione di diritto privato delle nuove istituzioni venne finalmente definita dalla prima legge prussiana sulle cooperative del 27 marzo 1867 ("*Gesetz, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs und Wirtschafts-Genossenschaften von 27. März 1867*"), la cui applicazione venne estesa a tutta la Confederazione della Germania del Nord con la legge del 4 luglio 1868, e poi, con la legge del 16 aprile 1871, ai restanti territori dell'Impero. La materia venne in seguito significativamente riformata con la legge imperiale del 1 maggio 1889. Sul diritto cooperativo tedesco delle origini cfr. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin, 1868; GOLDSCHMIDT, *Le società cooperative secondo la legge imperiale del primo Maggio 1889*, trad. it. di Sapienza Castagnola, in *Ant. giur.*, 1891, V, 417 ss.; VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milano, 1958, 7 ss.; e, per la letteratura più recente, SCHUBERT (a cura di), *100 Jahre Genossenschaftsgesetz*, Tübingen, 1989. Per ulteriori considerazioni sulla genesi della prima legislazione tedesca in materia di società cooperative, cfr. anche *infra*, § 5, nota n. 115.

<sup>46</sup> Sul punto cfr., tra gli altri, TAMAGNINI, *Cooperazione di credito*, cit., 221.

to che, per il caso di perdite, per coprirle si sarebbe in primo luogo fatto ricorso al capitale stesso, quanto alla stessa società, poiché l'obbligo del conferimento, sia pure frazionato in rate periodiche di importo modesto<sup>47</sup>, sarebbe valso a limitare l'accesso in società ai soli individui che, tramite il risparmio delle cifre necessarie al versamento delle quote sociali, si fossero dimostrati in grado di "aiutare se stessi"<sup>48</sup>.

Sotto altro aspetto, l'elemento della responsabilità illimitata, rendendo i soci consapevoli di rischiare tutti i propri averi nell'impresa comune, avrebbe altresì assolto il compito di ingenerare in questi le giuste motivazioni a prendere attivamente parte alle assemblee, alla direzione ed alla (auto-)amministrazione della società<sup>49</sup>, la quale veniva connotata da Schulze in senso "democratico". Era, infatti, introdotto il principio del voto capitario (*Kopfstimprinzip*), e, onde evitare la formazione di posizioni di predominio di fatto in seno alla compagine sociale, veniva contestualmente stabilito un limite massimo all'importo

---

<sup>47</sup> SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 72, 147 ss., 160 ss.

<sup>48</sup> Ciò che si richiedeva all'aspirante socio di una *Volksbank* era un «comportamento virtuoso di risparmio individuale che garantis[s]e l'affidabilità del socio, traducendosi in azioni [*recte*, quote di partecipazione] e concorrendo al costituirsi del capitale sociale» (PECORARI, *Cooperazione di credito e banche popolari*, cit., 152); «[s]e un operaio, artigiano o commerciante non fosse stato in grado di versare le quote periodiche, questo significava che o non aveva le qualità morali richieste, quali diligenza o parsimonia, o si trovava in una situazione di indigenza tale da non permettere la restituzione di eventuali prestiti concessi dalla Banca popolare» (LEONARDI, *Dalla beneficenza al mutualismo solidale*, cit., 558), la quale non avrebbe certo potuto rinunciare al – ed anzi avrebbe dovuto avere piena consapevolezza del – suo essere, innanzitutto, impresa e, quindi, istituzione operante secondo una gestione condotta con metodo economico. Cfr., a tal riguardo, lo stesso SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 79, ove il rilievo per cui «[l]e operazioni del giro del denaro, che compionsi per mezzo delle unioni, sono ordinate da per tutto sopra fondamento commerciale, con regole bancarie». Anche TAMAGNINI, *Appunti di storia della cooperazione*, cit., 743; e MARTINEZ SOTO, *El cooperativismo aleman entre 1860-1930*, cit., 4, sottolineano la piena consapevolezza che Schulze aveva della complessità tecnico-imprenditoriale propria di una gestione di tipo bancario, con la quale «si entra nel settore del mercato monetario, dove tutte le illusioni spariscono e dove soltanto il freddo calcolo decide», ed in cui, pertanto, nonostante le peculiarità derivanti dalla prescelta forma cooperativa, occorreva comunque applicare «lo principios bancarios indispensables para lograr el equilibrio financiero del establecimiento: seguridad, liquidez y rentabilidad».

<sup>49</sup> Ossia a quello che Schulze definiva il «compito intellettuale della impresa»: SCHULZE-DELITZSCH, *Catechismo*, cit., 762.

della quota detenibile da ciascun socio<sup>50</sup>. L'assemblea generale dei soci (*Generalversammlung*), inoltre, assumeva un rilievo preminente nell'organizzazione interna della società, competendo alla stessa non solo il potere di nominare e revocare i componenti degli organi di amministrazione e di controllo (*Vorstand* e *Aufsichtsrat*), bensì anche la determinazione di questioni direttamente attinenti alla gestione sociale<sup>51</sup>.

Diretta espressione del principio solidaristico, che faceva delle Banche popolari delle società non già volte alla sola utilità immediata dei membri attuali, bensì istituzioni dirette a dar duratura soddisfazione agli interessi riferibili ad una più vasta categoria di soggetti<sup>52</sup>, era poi il loro carattere "aperto", onde la libertà d'ogni individuo d'entrare ed

---

<sup>50</sup> Occorre qui precisare che, nel modello schulziano, per evitare che ai soci più agiati riuscisse possibile assumere una posizione di predominio economico all'interno della società, le quote di partecipazione al capitale avrebbero dovuto essere fissate in misura eguale per tutti i soci. Infatti, siccome in quel modello la ripartizione dell'utile sarebbe dovuta avvenire in proporzione alla partecipazione dei soci, una disparità nella misura delle quote avrebbe riprodotto all'interno della società «una differenza di classe tra agiati e poveri», e da qui «il naufragio della missione sociale delle nostre associazioni, le quali devono proporsi la distruzione di queste differenze di classi nel rapporto economico [...]». Crediamo che tutto debba farsi affine di impedire che sorga fra i soci pur solo il pensiero, che nei diritti e nelle obbligazioni, nel profitto e nel pericolo possa esistere qualche differenza fra povero e ricco. Ciò che gli uni possono ottenere, tutti pure lo possono se anche gli uni il raggiungano più tardi e con maggiore difficoltà degli altri [...]. Si determini perciò la quota di conferimento pari per tutti indistintamente, in misura certa ed uguale» (SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 170 s.). Invero, siccome alla ripartizione dell'utile d'esercizio si procedeva non in ragione della quota di capitale sottoscritta da ciascun socio, bensì in ragione della parte da ciascuno già effettivamente versata (cfr. *infra*, nota n. 54), era comunque ben possibile che i soci più agiati, in quanto capaci di versare in un'unica soluzione l'intero conferimento, venissero di fatto a ricoprire – sempre in senso puramente economico, s'intende – una posizione di preminenza rispetto ai soci meno benestanti, verosimilmente capaci di provvedere all'esecuzione del conferimento solamente tramite modesti versamenti periodici. A ciò, tuttavia, poneva parziale rimedio, funzionando da meccanismo acceleratore della formazione della quota di pertinenza (anche) di quest'ultimi soci, la previsione della obbligatoria destinazione in conto capitale degli utili, fintantoché le quote dei soci non avessero raggiunto l'intero importo stabilito in statuto: cfr. *infra*, nota n. 55.

<sup>51</sup> Su tutti questi aspetti si rinvia alla lettura di SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 271 ss., 363 ss., e dei modelli di statuto pubblicati ivi, in appendice al volume.

<sup>52</sup> Cfr. SCHULZE-DELITZSCH, *Catechismo*, cit., 762.

uscire dall'unione al ricorrere ed al cessare del bisogno economico e dei requisiti personali richiesti per farne parte<sup>53</sup>.

Quanto alla ripartizione dei guadagni, questa sarebbe dovuta avvenire sotto forma di distribuzione di dividendi tra i soci in ragione della quota di capitale da ciascuno conferita<sup>54</sup>.

Secondo lo Schulze, il pagamento di dividendi<sup>55</sup> di importo significativo avrebbe da un lato permesso di attrarre verso le *Volksbanken* coloro che, assumendo la qualità di soci, avessero voluto impiegare con vantaggio i propri risparmi piuttosto che ottenere prestiti, e dall'altro lato avrebbe stimolato la generalità dei soci, anche quelli meno agiati, ad accrescere progressivamente la propria partecipazione in società<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Cfr. SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 108 ss.

<sup>54</sup> Le associazioni di Schulze rigettavano il principio, presente invece nella pioneristica esperienza di Rochdale, della previsione di limiti alla remunerazione del capitale (cfr. BOTTERI, *Economia*, cit., 34), preoccupandosi quel modello solamente di assicurare una certa parità nella rendita dell'investimento tra tutti i soci: cfr. quanto detto *supra*, nota n. 50. Come già si è avuto modo di accennare, secondo lo Schulze, la ripartizione del guadagno (come anche della perdita) sarebbe dovuta avvenire in proporzione della parte di capitale già versata da ciascun socio. La ragione di rendere la misura del dividendo proporzionata agli importi già conferiti, a detta dello stesso Schulze, risiedeva nell'esigenza di stimolare la propensione al risparmio e all'investimento ulteriore da parte dei soci: «[l]'esperienza ha dimostrato che sopra i soci, i quali si trovano in condizione poco agiate, nulla esercita tanta attrattiva al risparmio, [...] al completamento delle loro quote, quanto la ripartizione dei dividendi eseguita secondo il sistema suaccennato [...]. [S]e [essi] hanno gustato almeno una volta del profitto loro recato da un tal capitale [...] è ben certo che ogni più piccola moneta risparmiata a fatica, sarà [...] versata nella cassa: e quest'è pure un bel trionfo. [...] Questa attrattiva, che giova a dare solido fondamento agli affari dell'unione, e reca del pari risultamenti sì benefici ai singoli membri, naturalmente si perderebbe tosto che i dividendi si ripartissero egualmente tra i molti soci secondo il loro numero» (SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 177 s.).

<sup>55</sup> Possibile solo dopo che fossero stati interamente effettuati i conferimenti, essendo gli utili di gestione sino ad allora da imputarsi in conto quote, per mezzo della costituzione di apposita riserva così posta a garanzia dell'effettiva, integrale formazione del capitale sociale: cfr. SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 79, 169.

<sup>56</sup> Cfr., intorno a tali aspetti, TAMAGNINI, *Le Casse Rurali*, cit., 35; e MARTINEZ SOTO, *El cooperativismo alemán entre 1860-1930*, cit., 3. Fa qui caso rilevare che, nella prassi, i limiti (minimi e massimi) della quota di partecipazione detenibile da ciascun socio di una *Volksbank*, erano normalmente fissati per importi relativamente elevati (TAMAGNINI, *Appunti di storia della cooperazione*, cit., 764), secondo una tendenza che fu tipica di quelle realizzazioni cooperative principalmente rivolte alla borghesia ed al ceto medio in genere: cfr., sul punto, BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, cit., 25 ss. In verità, secondo il dettato schulziano, la previsione di quote di importo minimo

Veniva, inoltre, apertamente rifiutata, proprio in quanto reputata inadatta al perseguimento dei suddetti scopi, la tecnica del ristorno<sup>57</sup>.

---

elevato non era una regola da osservarsi sempre e comunque, la determinazione di quei limiti dovendo piuttosto dipendere dalla valutazione in concreto delle prevalenti condizioni del luogo, potendo darsi il caso che l'esclusione delle classe più umili tornasse contraria agli interessi della specifica unione in questione. Quanto alla previsione di eventuali limiti massimi, invece, egli era dell'idea che, a fronte del progressivo ampliamento dell'operatività della banca, pur dovendosi tenere sempre a mente l'esigenza di mantenere un certo rapporto tra l'impiego di mezzi propri ed altrui, onde evitare di ridurre eccessivamente la remuneratività del capitale investito in società, non dovesse esservi alcun ostacolo all'accrescimento dell'importo massimo delle quote, purché fosse rispettato il già indicato principio dell'eguale valore delle stesse: cfr., intorno a tutti questi aspetti, i ragionamenti svolti dallo stesso SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 105, 161, 168 s.

<sup>57</sup> «Tuttavolta nella ripartizione del guadagno fu in alcun luogo proposto un altro principio, in cui si fa astrazione della considerazione del pericolo e del guadagno ottenuto nell'impresa sociale [...]. Poiché il guadagno dell'azienda deriva dagli interessi e dalle provvigioni, che chi riceve imprestiti paga alla cassa dell'unione, questo guadagno si attribuisce a coloro che ricevono imprestiti, in quanto sieno soci, in proporzione degli interessi e delle provvigioni che durante l'anno sociale rispettivo pagarono alla cassa. Si concede loro adunque una parte di quel che devono all'unione a guisa di premi posticipati, in quanto questa parte non venga assorbita dalle spese del negozio e da altre necessità dell'unione. [Questo principio] nelle nostre banche popolari [...] non risponde per nulla allo scopo ed è affatto contrario a giustizia [...]. In qual modo si può anzitutto giustificare [...] che siano esclusi dal guadagno, in tutto o fino ad un importo di cui non vale la pena di tener conto, que' soci che forse in tutto l'anno non hanno avuto bisogno di prendere a prestito denari, oppure ne presero in proporzione tenuissima rispetto ad altri; que' soci che forse hanno fatto maggiori contribuzioni di quote sociali, e ad ogni modo hanno cogli altri pari rispondenza pei debiti dell'unione? [...] Sarebbe questa una vera società leonina, cui difficilmente si associerebbe la classe che rimarrebbe di tal guisa pregiudicata. L'associazione si comporrebbe soltanto di clienti principali e di gente che torrebbe denari a prestito; ma se pure nell'interno poco ne soffrissero la circolazione e l'andamento degli affari sociali, ne andrebbe danneggiato il credito al di fuori. Ed infatti per ciò solo che persone appartenenti alle classi agiate (alle quali nulla importa di ricevere imprestiti dalla cassa, quanto giova invece di trarre profitto dai risparmi che in quella depongono) entrano a far parte dell'associazione, cresce all'esterno il credito dell'unione [...]. Si ricordi inoltre ciò che abbiamo già detto più sopra, che se non si ripartiscono i dividendi in proporzione di quanto fu già pagato pelle quote di conferimento, ne soffre l'accrescimento del capitale di proprietà dell'unione, che è pure alla base di ogni impresa bancaria [...]. Sotto ogni aspetto dunque, tutto si oppone a questo principio di ripartizione, il quale, come concludendo osserviamo in via accessoria, non riposa neppure sopra una giusta considerazione dei fatti. Il guadagno della cui divisione si tratta non deriva già solamente dagli interessi e dalle provvigioni pagate dai soci per imprestiti ricevuti, ma anche dalla rendita di dena-

Sul piano operativo, poi, le *Volksbanken*, secondo le precise disposizioni impartite dallo Schulze, avrebbero dovuto erogare prestiti d'entità contenuta<sup>58</sup>, da concedersi prevalentemente in forma cambiaria<sup>59</sup> e con una durata che, generalmente, salvo possibili proroghe e rinnovi che fossero apparsi giustificati in circostanze particolari, non avrebbe dovuto eccedere i tre mesi<sup>60</sup>, durata considerata acconcia a soddisfare le esigenze proprie di commercianti ed artigiani. Impieghi a più lunga scadenza erano fortemente sconsigliati poiché, oltre a poter indurre i debitori ad eccessiva rilassatezza, avrebbero altresì reso più difficile la concessione di fidejussioni a favore di questi, con ciò mettendo a rischio il recupero dei crediti da parte della banca, per la quale risultava invece essenziale la certezza circa la solvibilità del debitore<sup>61</sup>.

Scopo principale delle *Volksbanken* era quello di dar soddisfazione al bisogno di credito dei soci, sicché, in linea di principio, l'attività della società avrebbe dovuto essere rivolta solamente a quest'ultimi, ai quali, in ragione della loro duplice veste di "proprietari-clienti" della banca (*Identitätsprinzip*), pur nel debito conto delle contingenti condizioni di mercato, avrebbe dovuto essere assicurata parità di trattamento in merito alla determinazione delle condizioni applicabili ai prestiti loro concessi<sup>62</sup>. Tuttavia, l'interesse alla crescita aziendale ed al potenziamento della società in quanto tale, interesse la cui realizzazione dipendeva, innanzitutto, dalla possibilità di condurre di operazioni con terzi, non era affatto negletto da Schulze, il quale anzi lo riconosceva e lo accoglieva espressamente, purché una tale operatività generalmente diretta al mercato non compromettesse lo scopo proprio della società, che era e doveva pur sempre rimanere quello di promuovere, tramite l'erogazione del credito, le economie personali dei soci. L'attività con i terzi era, dunque, ammessa nella misura in cui essa risultasse strumentale, o si mantenesse comunque di rilievo secondario rispetto al perseguimento dello scopo mutualistico a vantaggio dei soci<sup>63</sup>.

---

ri superflui all'azienda sociale impiegati in carte che godono interesse od in qualsivoglia altra maniera» (SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 178 ss.).

<sup>58</sup> *Ivi*, 232 ss.

<sup>59</sup> *Ivi*, 192.

<sup>60</sup> *Ivi*, 237 ss.

<sup>61</sup> *Ivi*, 244 ss.

<sup>62</sup> *Ivi*, 262 ss.

<sup>63</sup> [L]'opera dell'unione, perché serva allo scopo suo principale, deve essere ristretta ai soli membri. Che se alcune unioni cresciute in potenza, possedendo altri capitali



Il fatto, poi, che i prestiti erogati dalle banche cooperative del tipo Schulze-Delitzsch fossero di importo normalmente modesto, faceva sì che, ove queste avessero voluto risultare davvero in grado di pagare dividendi di importo non irrilevante ai soci al termine dell'esercizio, fosse per esse imprescindibile estendere in maniera quantitativamente significativa la propria attività, perché solo tramite un numero molto elevato di operazioni di importo medio limitato era ragionevole attendersi il conseguimento di utili di gestione di qualche rilevanza<sup>64</sup>. Obiettivo che le *Volksbanken* perseguirono orientandosi sin da subito verso una operatività territoriale la più estesa possibile<sup>65</sup>, in modo da intercettare il più ampio numero di soci-clienti, senza che al riguardo avesse alcuna decisiva importanza il ramo produttivo di provenienza di questi<sup>66</sup>.

---

dopo aver soddisfatto a quello scopo principale, escono dalla cerchia così ristretta, tal fatto è a considerarsi come un'eccezione alla regola generale, eccezione che noi accettiamo in quanto però tale aumento di affari non offenda la destinazione originaria delle unioni" (*ivi*, 103 s.). Notava la presenza di questo principio nelle unioni schulziane anche MARTUSCELLI, *Le società di mutuo soccorso e cooperative*, Firenze, 1876, 249; e ora cfr. pure TAMAGNINI, *Cooperazione di credito*, cit., 223.

<sup>64</sup> Cfr., in questo stesso senso, le osservazioni di GOGGIO - LEONARDI, *Le radici del credito cooperativo*, cit., 15.

<sup>65</sup> SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 83: «le unioni, quanto maggiore è la loro estensione, tanto meglio raggiungono il loro scopo».

<sup>66</sup> Cfr., a tal riguardo, RABBENO, *Le società cooperative*, cit., 299; BOTTERI, *Economia*, cit., 34; e MARTÍNEZ SOTO, *El cooperativismo alemán entre 1860-1950*, cit., 4, *ivi* nota n. 4 e testo corrispondente, il quale, in particolare, sottolinea come la combinazione di associati di diversa provenienza, urbana e rurale, volesse essere altresì strumentale al conseguimento di una diversificazione operativa che avrebbe beneficiato la gestione bancaria sul versante della gestione delle scadenze e, quindi, della sua complessiva

capacità nell'offerta del credito, nel senso che «[e]sta diversidad de procedencias de los asociados provocaba también una diversidad en la necesidades de crédito, lo cual benefician a las cajas a la hora de atender durante el año las demandas de préstamos. [...] La yuxtaposición de socios rurales y urbanos posibilitaba que las demandas de crédito no se concentraran en una época determinada del año, lo cual aumentaba las disponibilidades de capitales a lo largo del ejercicio». Nelle intenzioni originarie di Schulze-Delitzsch, infatti, le *Volksbanken* avrebbero dovuto risultare in grado di assecondare le esigenze di credito tanto del piccolo commercio, quando dell'agricoltura. Il modello da lui proposto, tuttavia, non riuscì ad attecchire nel contesto rurale, ove la presenza di una società contadina versante in condizioni di ancor più profonda povertà e portatrice di esigenze di natura assai diversa rispetto a quelle riferibili alle componenti artigiane e commerciali delle aree urbane, esigeva che quel modello fosse ripensato e variamente riadattato. Compito, questo, che sarebbe stato assai

Per analoghe ragioni relative alla volontà di rendere la partecipazione ad una banca popolare una soluzione appetibile per i potenziali investitori, i tassi attivi applicati ai prestiti, sebbene notevolmente inferiori alle condizioni (spesso usurarie) alle quali, come già si è detto, le classi medie riuscivano in precedenza a trovare accesso al credito, dovevano comunque essere di livello tale che, nel loro differenziale con quelli passivi relativi alle operazioni di provvista, ne fosse possibile ricavare consistenti utili di gestione da ripartire tra i soci<sup>67</sup>.

Infine, per la buona riuscita di quello che voleva appunto essere un progetto imprenditoriale tendente a sviluppare una vasta cerchia d'affari su di un esteso territorio, occorreva munirsi di amministratori e dipendenti di adeguata professionalità. Dal che discendeva l'ulteriore criterio direttivo impartito dallo Schulze, ossia quello di introdurre una gestione a titolo oneroso, in cui parte della remunerazione spettante ad amministratori e dipendenti della banca avrebbe dovuto essere determinata in funzione dei guadagni effettuati e degli importi lordi incassati, in modo da stimolare in essi la profusione di un impegno adeguato e, più in generale, una conduzione delle unioni sempre orientata ad incrementare i volumi intermediati<sup>68</sup>.

L'intuizione di Schulze-Delitzsch si dimostrò da subito felice<sup>69</sup>: tra il 1852 ed il 1855 vennero promosse sette società di credito operanti conformemente ai principi delle "sue" *Volksbanken*, la cui esperienza potè da allora dirsi ormai definitivamente avviata. La crescita fu sorprendente: nel 1861 vi erano più di 360 banche cooperative del tipo Schulze, con un ammontare di operazioni attive per 20 milioni di talleri, capitale per 1 milione e 200 mila talleri e depositi per 5 milioni e 500 mila talleri. Nel solo anno successivo, altre nuove 100 *Volksbanken* vennero costituite, con ulteriore significativo incremento dei valori ora indicati<sup>70</sup>.

---

proficuamente assolto dalle Casse sociali di credito introdotte da Raiffeisen: cfr. *infra*, § 4.

<sup>67</sup> Cfr. SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 165, 255 ss.

<sup>68</sup> *Ivi*, 303 ss.

<sup>69</sup> La prima cooperativa di credito fu fondata nel 1850 con l'appellativo di *Vorschußverein* (associazione di anticipazione), in seguito *Volksbank*: cfr., sul punto, MARTINEZ SOTO, *El cooperativismo aleman entre 1860-1950*, cit., 5.

<sup>70</sup> Cfr., per questi ed altri dati relativi alla fase di impianto delle *Volksbanken* in Germania, TAMAGNINI, *Appunti di storia della cooperazione*, cit., 747 s. Neppure si tardò, in un quadro siffatto, ad avvertire la necessità di forme di aggregazione e dire-

#### 4. Le cooperative del tipo *Raiffeisen*, ovvero le “casse rurali”

Già a partire dalla prima metà del XIX sec., specialmente nelle campagne prussiane, l'agricoltura tedesca aveva visto affermarsi numerose grandi aziende orientate al mercato. In una situazione siffatta, non era più possibile limitarsi ad una produzione diretta all'autoconsumo, ma diveniva necessario specializzarsi per introdurre sistemi colturali innovativi e far rientrare la produzione nel circuito commerciale. Tuttavia, l'assenza di capitale, sia fisso che circolante, rendeva impossibile l'avvio di un tale processo di ammodernamento, con conseguente rischio di marginalizzazione di un numero sempre crescente di piccole unità produttivo-coltivatrici<sup>71</sup>.

Fu Friedrich Wilhelm Raiffeisen<sup>72</sup> a cogliere e portare a compimento la sfida di introdurre un sistema capace di soddisfare l'impellente fabbisogno di credito dei piccoli agricoltori<sup>73</sup>. Egli è pertanto considerato il padre della cooperazione rurale di credito<sup>74</sup>, la quale, muovendo i suoi primi passi in Germania, tanto successo venne via via riscuotendo nelle campagne di tutto l'Occidente.

Al pari di Schulze-Delitzsch, anche Raiffeisen intuì che l'unica soluzione realmente praticabile al fine di liberare le piccole aziende agra-

---

zione generale del movimento, il che avvenne con l'introduzione dell'Agenzia delle Associazioni tedesche, istituita a seguito del Congresso delle società cooperative tedesche svoltosi a Weimar nel 1859, e la cui presidenza fu affidata allo stesso Schulze-Delitzsch. A far data dal 1864, prese altresì ad operare un istituto centrale (*Deutsche Genossenschaftsbank von Sörgel, Parrisius und Co.*) deputato alla gestione della liquidità all'interno del circuito delle *Volksbanken*, nonché un'associazione di rappresentanza generale del movimento (*Allgemeine Verband der auf Selbsthilfe beruhenden deutsche Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften*) che alla fine del 1886 già ricomprendeva 1.030 società: cfr. RABBENO, *Le società cooperative*, cit., 300. Ulteriori ragguagli in ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 88 ss.

<sup>71</sup> Introducono in questi termini le ragioni originarie della comparsa delle cooperative del tipo Raiffeisen, GOGLIO - LEONARDI, *Le radici del credito cooperativo*, cit., 15.

<sup>72</sup> Sulla vita e l'opera del celebre borgomastro di Weyerbusch (1818-1888), cfr., oltre al già segnalato contributo di SCHERER, *Raiffeisen*, cit., *passim*; FAUST, *Geschichte*, cit., 323 ss.; e BAUER-KEETMAN, *Raiffeisen*, Tübingen, 1970.

<sup>73</sup> Cfr. LIBBI, *Cenni storici sul movimento cooperativo agricolo nella Repubblica Federale di Germania*, in *Riv. coop.*, 1984, 68.

<sup>74</sup> TAMAGNINI, *Le Casse Rurali*, cit., 31 ss.; ID. *Appunti di storia della cooperazione*, cit., 760.

rie dal circolo vizioso di povertà ed usura, era quella del *Selbsthilfe*, occorrendo far leva sulle energie presenti nel sistema stesso<sup>75</sup>.

Quella relativa alla prima Cassa sociale di credito<sup>76</sup> fondata nel 1864 a Heddesdorf, fu, in realtà, un'esperienza fortemente influenzata dal modello della Volksbank di Schulze<sup>77</sup>. Infatti, nello statuto di quella società era contemplato l'obbligatorio versamento di quote che sareb-

---

<sup>75</sup> Cfr. LEONARDI, *Dalla beneficenza al mutualismo solidale*, cit., 553; e CAFARO, *Introduzione a Il credito cooperativo dalle origini alla fine del XX secolo*, in CARRETTA (a cura di), *Il credito cooperativo*, cit., 21. L'opera nella quale egli espone compiutamente il suo programma di rinnovazione sociale fondato sulla cooperazione di credito è RAIFFEISEN, *Die Darlehenskassen-Vereine als Mittel zur Abhilfe der Noth der ländlichen Bevölkerung, sowie auch der städtischen Handwerker und Arbeiter*, Neuwied, 1866 (se ne veda la trad. it., *Le Associazioni Casse di Prestito*, Roma, 2010). È comunque il caso di sottolineare come una delle più profonde differenze tra i due sistemi concepiti da Schulze-Delitzsch e da Raiffeisen fosse di carattere squisitamente teorico ed ideologico, attenendo alla diversa concezione che i due padri della cooperazione tedesca avevano delle funzioni e degli scopi propri dell'impresa, ciò che poi, in effetti, produsse importanti riflessi sugli aspetti di carattere più precipuamente operativo ed istituzionale dei due modelli di banca cooperativa da essi introdotti. Alla già illustrata impostazione "economicistica" dello Schulze, infatti, Raiffeisen contrapponeva una concezione dello strumento cooperativo quale mezzo di perfezionamento anzitutto morale dell'individuo: nella sua impostazione, la strada da percorrere avrebbe dovuto essere quella indicata dal messaggio biblico, ossia quella che conduce non alle fortune della terra, bensì ai beni eterni; le sue Casse sociali di credito avrebbero dovuto essere istituzioni informate ai valori di diretta ispirazione cristiana, e, primo fra essi, all'amore verso il prossimo. Compito primario di queste nuove istituzioni, pertanto, avrebbe dovuto essere quello di educare i propri membri ad una *Weltanschauung* di matrice cristiana per la costruzione di una società più giusta e più prospera, in cui sarebbe regnata la pace sociale. Il movimento di ispirazione raiffeiseniana, proprio grazie all'orientamento rigorosamente cristiano del suo fondatore, venne in seguito riconosciuto dalla Chiesa cattolica, la quale, tramite l'enciclica *Rerum novarum* promulgata da Papa Leone XIII nel 1891, sancì la conformità di quella formula cooperativa alla sua nuova dottrina sociale. In verità, nella concezione originaria di Raiffeisen, il modello della *Darlehenskassenverein* non voleva affatto essere uno strumento confessionale e perciò, nelle concrete forme di realizzazione di quel paradigma, avvenne che ne furono proposte differenti impostazioni, a seconda dei diversi contesti in cui esso fu importato. In Italia, ad esempio, se ne ebbe una realizzazione aconfessionale ad opera di Leone Wollemborg, che dell'impostazione raiffeiseniana aveva colto la valenza neutra, pur se costruita sul messaggio evangelico; mentre versione confessionale fu quella realizzata da don Luigi Cerutti. Intorno a tali aspetti, cfr., diffusamente, CAFARO, *La solidarietà efficiente. Storia e prospettiva del credito cooperativo in Italia*, Roma-Bari, 2002, 31 ss.

<sup>76</sup> D'ora in avanti anche "cassa rurale", secondo l'espressione che sarebbe poi invalsa in Italia.

<sup>77</sup> Cfr., sul punto, LIBBI, *Cenni storici*, 71.

bero andate a costituire il capitale di esercizio, la ripartizione di dividendi tra i soci ed una circoscrizione territoriale ricomprendente più villaggi. Tuttavia, dal modello Schulze-Delitzsch si differenziava per la gratuità dell'amministrazione e per l'indivisibilità del patrimonio<sup>78</sup>. Successivamente, al precipuo scopo di superare gli ostacoli che avevano impedito al modello di Schulze di risultare pienamente funzionale alle specifiche esigenze di credito del settore agricolo<sup>79</sup>, l'esperienza delle casse rurali venne a svilupparsi intorno ad alcuni principi definiti in modo sostanzialmente indipendente rispetto al modello della *Volksbank*<sup>80</sup>.

Le diverse esigenze e strutture economiche, il diverso ritmo dei rispettivi cicli produttivi, così come pure le differenze relative all'attitudine stessa dei piccoli operatori dell'agricoltura rispetto a quelli dell'industria e del commercio, esigevano, infatti, un ripensamento del modello schulziano<sup>81</sup>, il che avvenne, appunto, ad opera delle *Raiffeisenkassen*, le quali furono all'uopo informate ai seguenti canoni istituzionali ed operativi.

A differenza delle banche popolari, canone essenziale delle *Darlehenskassenvereine* era, innanzitutto, un'operatività territoriale quanto

---

<sup>78</sup> Su tali aspetti, diffusamente, GOGLIO - LEONARDI, *Le radici del credito cooperativo*, cit., 16; LEONARDI, *Dalla beneficenza al mutualismo solidale*, cit., 562.

<sup>79</sup> Cfr. MARTINÉZ SOTO, *El cooperativismo alemán entre 1860-1930*, cit., 5, ove, in base ai dati riportati, traspare come solamente il 26% dei componenti della base sociale del sistema di cooperative del tipo Schulze-Delitzsch fossero soggetti operanti nel settore dell'agricoltura.

<sup>80</sup> Cfr. ASCHHOFF - HENNINGSSEN, *Das deutsche Genossenschaftswesen*, cit., 23.

<sup>81</sup> Intorno a tali questioni, cfr. ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 94 ss., il quale, nell'analizzare le cooperative di credito di matrice schulziana e le difficoltà da esse incontrate nel loro tentativo di inserimento anche tra le fila della popolazione rurale tedesca, rilevava: «Il credito a 3 e 6 mesi può essere efficace al piccolo industriale e commerciante di città, i quali pel rapido movimento degli affari, pel continuo cambiamento delle loro operazioni traggono presto il dovuto frutto dalle ricevute anticipazioni, e al tempo della scadenza del debito possono benissimo soddisfare ai loro obblighi verso la Banca. Ma per l'agricoltore la cosa è ben differente; il capitale imprestatogli s'immedesima e fonde colla terra; si converte spesso in alberi, piante, vigneti e altri immobili aderenti al terreno di cui è possessore. Prima che il processo della transustanziazione, per così dire, del capitale sia terminato, e ritorni in forma di rendita coi relativi interessi nelle mani del coltivatore, passano spesso degli anni, delle decine di anni; e quindi la necessità da parte di coloro di restituirlo al creditore, dopo un più lungo periodo, ed a rate annuali; ciò che non permettono i *Kurzcreditfristen* degli statuti delle banche popolari tedesche».

più circoscritta possibile ed un numero non molto elevato di soci<sup>82</sup>: la cassa, infatti, avrebbe dovuto essere costituita tra gli abitanti di una stessa parrocchia che fossero in possesso della qualifica di agricoltori ed artigiani rurali; ciò che, grazie ad una situazione di conoscenza reciproca e diretta, avrebbe permesso di valutare le qualità morali degli aspiranti soci, rendendone possibile la selezione iniziale, così come avrebbe pure consentito di vagliare la solvibilità degli stessi nel momento in cui avessero richiesto un prestito, in merito al quale, peraltro, occorreva attentamente valutare il carattere produttivo dell'impiego cui era destinato il denaro domandato dal socio<sup>83</sup>.

Quest'opera di selezione e vaglio dei rischi assunti dalla cassa sociale nel far prestito ai soci – e solamente ai soci<sup>84</sup> –, veniva poi stimolata dalla responsabilità solidale ed illimitata che gli stessi soci avrebbero assunto entrando in società, divenendo così corresponsabili del buon fine degli impieghi che fossero stati decisi<sup>85</sup>. Ma, per il resto, nel modello raiffeiseniano, a differenza di quanto avveniva nelle banche popolari dello Schulze, all'assunzione di un tale impegno non veniva ad affiancarsi l'ulteriore obbligo del versamento di quote d'affari destinate a formare un capitale proprio della società<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Cfr. RAIFFEISEN, *Le Associazioni*, cit., 33 ss.

<sup>83</sup> *Ivi*, 65, 90.

<sup>84</sup> *Ivi*, 43, 48, ove viene espressamente prevista la necessità di escludere, tramite clausola di statuto, la competenza della casse ad estendere il credito ai non soci.

<sup>85</sup> ASCHHOFF - HENNINGSEN, *Das deutsche Genossenschaftswesen*, cit., 22.

<sup>86</sup> Cfr. PECORARI, *Cooperazione di credito e banche popolari*, cit., 152. Ciò non era ritenuto necessario né per selezionare coloro che fossero meritevoli di entrare a far parte della compagine sociale, né per rafforzare la garanzia dei creditori. Infatti, mentre sotto il primo profilo, come già si è accennato, sarebbe risultata sufficiente la conoscenza diretta e la stima reciproca tra i soci, sotto il secondo aspetto, invece, una serie di ulteriori condizioni oggettive relative allo stesso modo d'essere e d'operare delle casse, unitamente alla garanzia collettiva rappresentata dai patrimoni personali dei soci, sarebbero intervenute per offrire sufficiente assicurazione ai creditori sociali. Tra queste, ad esempio, la natura produttiva dei prestiti fatti ai soci; la stessa interposizione, tra creditori e soci, della società quale soggetto deputato a vagliare l'impiego del denaro imprestato, con calcolo del relativo rischio; una stretta vigilanza sull'impiego delle somme; etc. Rileva correttamente TAMAGNINI, *Appunti di storia della cooperazione*, cit., 765, come, ad un attento esame, le profonde differenze esistenti tra il modello della *Volksbank* e quello della *Darlehenskassenverein* fossero diretta conseguenza della «diversa base associativa delle due specie di istituti; la prima era composta di artigiani e commercianti di città, che potevano disporre di qualche risparmio per contribuire alla formazione di un capitale, il quale era destinato a suscitare la fiducia, oltre che dei soci, segnatamente dei terzi risparmiatori; la base associativa delle cooperative creditizie del

---

Raiffeisen era invece collegata con elementi che per un verso disponevano di capitali fondiari, sia pure esigui, ma che per un altro mancavano di capitali di esercizio e liquidi. Costoro, pertanto, impossibilitati a concorrere alla costituzione di un capitale sociale, erano nella possibilità però di garantire i terzi, che avessero loro accordato credito, con il valore complessivo dei loro patrimoni». Da ciò discendevano due importanti conseguenze di carattere eminentemente pratico ed operativo: l'una, operante a monte, riguardava la fase d'avvio della società, laddove nel modello raiffeiseniano il compito di assumere un ruolo attivo e propositivo nel lancio dell'iniziativa doveva essere assunto dalla popolazione più agiata, senza corrispettivo alcuno, ma semplicemente in nome di motivazioni religiose e solidaristiche, mentre nella banca popolare di impostazione schulziana, viceversa, l'intervento della componente benestante era incentivata tramite la prospettiva di un adeguato ritorno economico sull'investimento; l'altra, incidente a valle, era invece relativa alla gestione dei due diversi tipi di banca, poiché, se gli amministratori delle *Volksbanken* godevano di ampia libertà di manovra nella determinazione della sfera di attività degli istituti, il modello della *Darlehenskassenverein* si caratterizzava, viceversa, per un'amministrazione fortemente condizionata da norme statutarie alquanto rigide, la cui presenza si rendeva necessaria, come poco sopra si è detto, per assicurare i creditori circa il rispetto di certe prassi operative improntate alla massima prudenza. Per un'efficace sintesi in merito ai rigidi principi organizzativi delle cooperative di tipo Raiffeisen, anche alla luce di un loro confronto con il diverso modello della banca popolare di Schulze, cfr. TAMAGNINI, *Le Casse rurali*, cit., 33 ss.; ALBERICI, *Le cooperative di credito*, Milano, 1977, 23; e, soprattutto, ASCHOOFF, *The Banking principles of Hermann Schulze-Delitzsch and Friedrich Wilhelm Raiffeisen*, in ENGELS - POHL (a cura di), *German Yearbook on Business History*, Berlin-Heidelberg-New York, 1982, 19 ss. Fa qui caso ricordare che, ad un certo momento, proprio in merito alla questione relativa alla necessità o meno di dotare le cooperative di un capitale proprio, sorse un acceso contrasto di idee tra Schulze-Delitzsch e Raiffeisen: al riguardo, tra i tanti, cfr. nuovamente TAMAGNINI, *op. ult. cit.*, 50, il quale ricorda come la costituzione di una società senza capitale apparve allora, non solo allo Schulze, ma anche ad insigni studiosi italiani che vollero occuparsi della questione (cfr. SRAFFA, *Le casse rurali sono società cooperative?*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 750 ss.), una vera e propria eresia, al punto da condurre molti ad escludere per le casse rurali la possibilità di essere qualificate, sul piano giuridico, come vere società cooperative, e, su quello fenomenologico, quali vere intraprese economiche, in esse talvolta scorgendosi null'altro che delle semplici organizzazioni aventi per oggetto «lo sconto di una cambiale collettiva». Alla fine, la questione giunse all'attenzione dello stesso legislatore, il quale, grazie anche al decisivo intervento dello stesso Schulze, che all'epoca era deputato presso il *Reichstag*, con la legge generale sulle cooperative del 1867-8 (cfr. *supra*, nota n. 45), stabilì che tutte le società cooperative, di qualsiasi tipo esse fossero, per poter legalmente operare, dovessero essere obbligatoriamente dotate di un capitale sociale. Qualche riferimento al modo in cui il modello raiffeiseniano venne adattato per conformarsi alle prescrizioni della nuova legge, pur riuscendo a mantenere la propria originaria indole di associazione di carattere puramente mutualistico, si ritrova in ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 120.

Altro tratto caratteristico delle casse raiffeiseniane era la gratuità della loro amministrazione<sup>87</sup>. Raiffeisen la riteneva necessaria per garantire sicurezza ai soci, alimentare lo spirito di solidarietà tra le diverse componenti dell'impresa ed al contempo limitare i costi di gestione<sup>88</sup>. In particolare, egli sosteneva che la gratuità dell'incarico, unitamente al vincolo della responsabilità personale, avrebbe assicurato un operato degli amministratori improntato a particolare prudenza, specie al momento della verifica della bontà delle garanzie offerte e della valutazione del merito di credito dei soci, con conseguente complessiva riduzione del livello di rischio assunto dalla società<sup>89</sup>.

Del resto, nell'ottica dei membri delle *Raiffeisenkassen*, schemi di remunerazione degli amministratori di tipo incentivante, analoghi a quelli sponsorizzati dallo Schulze, risultavano del tutto superflui, dal momento che il divieto di ripartizione degli utili di esercizio introdotto da Raiffeisen<sup>90</sup> valeva, di fatto, a sottrarre alla partecipazione del socio di queste cooperative ogni profilo di rilevanza in termini di investimento di natura finanziaria<sup>91</sup>. L'utile di gestione, infatti, era interamente destinato ad alimentare una riserva indivisibile, primariamente introdotta a copertura dei capitali presi a prestito dai soci, ed altresì utilizzabile, una volta che essa avesse raggiunto un livello tale da assicurare la piena stabilità patrimoniale della cassa, per dar sostegno alla realizzazione di opere di pubblica utilità e di rilevanza sociale. In caso di scioglimento, tale fondo sarebbe poi stato devoluto a società dello stesso tipo che fossero state nel frattempo costituite<sup>92</sup>.

<sup>87</sup> Cfr. RAIFFEISEN, *Le Associazioni*, cit., 37, 58.

<sup>88</sup> Cfr. LEONARDI, *Dalla beneficenza al mutualismo solidale*, cit., 566 s.

<sup>89</sup> Sulla particolare prudenza richiesta agli amministratori delle casse rurali di impostazione raiffeiseniana, cfr., in luogo di molti, TAMAGNINI, *Le Casse rurali*, cit., 36 s.

<sup>90</sup> Cfr. RAIFFEISEN, *Le associazioni*, cit., 43, 110 ss.

<sup>91</sup> In altri termini, e per dirla con TAMAGNINI, *Le Casse rurali*, cit., 66, «i soci [delle casse] non assum[evano] veste di azionisti». Sul divieto di ripartizione dell'utile tra i soci delle casse rurali di tipo Raiffeisen, cfr. anche LABADESSA, *L'organizzazione cooperativa*, cit., 197; e MARTÍNEZ SOTO, *El cooperativismo alemán entre 1860-1930*, cit., 11.

<sup>92</sup> LEONARDI, *Dalla beneficenza al mutualismo solidale*, cit., 568 s., spiega come, nel modello raiffeiseniano, la mancata ripartizione dell'utile di gestione trovasse inizialmente ragione nel fatto che, giusta la consistenza del tutto modesta dei dividendi che un'operatività territoriale alquanto limitata avrebbe permesso di distribuire tra i soci, questi non avrebbero in alcun modo potuto trarne un significativo miglioramento delle proprie condizioni individuali; viceversa, la costituzione di un fondo patrimoniale a disposizione di società formate tra soggetti operanti in un settore economico, quale



Sul piano del governo dell'impresa, al pari di ogni altra cooperativa, l'assemblea delle *Darlehenskassenvereine (Generalversammlung)* era retta dalla regola del voto capitario; essa era, inoltre, l'organo supremo della società, competente ad eleggere gli organi di gestione e di controllo (*Vorstand* e *Aufsichtsrat*)<sup>95</sup>. L'assemblea generale, infatti, poteva intervenire in qualsiasi materia, anche se, assai opportunamente, la competenza a decidere sulle questioni di gestione corrente veniva comunemente delegata agli amministratori<sup>94</sup>.

Dal punto di vista operativo, infine, i prestiti – gravati da tassi d'interesse contenuti<sup>95</sup> – al fine di rispondere ai bisogni propri dell'agricoltura, venivano concessi tanto a breve, quanto a lungo termine<sup>96</sup>. La regola di base seguita dalle casse rurali era quella di

---

quello rurale, soggetto a continue variazioni congiunturali, avrebbe potuto esplicare un benefico effetto stabilizzante che sarebbe tornato a vantaggio non solo dei soci, bensì di tutti gli abitanti del distretto territoriale in cui la cassa operava. Nel suo statuto-tipo, infatti, la *Darlehenskassenverein* fu concepita da Raiffeisen come vero e proprio centro organico della vita economico-sociale dell'intera area territoriale di riferimento, nell'ambito della quale, oltre ad agire quale collettrice di risparmio, essa avrebbe dovuto altresì assolvere il compito di promuovere, nelle forme più acconce, tutte le altre iniziative complementari atte al miglioramento delle condizioni degli abitanti del distretto. Infine, la riserva patrimoniale, alla pari di ogni altro elemento del modello raiffeisiano, era altresì concepita quale strumento di educazione morale, capace di tenere sempre vivo e consolidare lo spirito di solidarietà tra i soci. Su tali questioni, tra gli altri, CAFARO, *Raiffeisen, l'uomo che vinse la miseria*, saggio introduttivo a RAIFFEISEN, *Le associazioni*, cit., XXXVI; E.C. COLOMBO, *Radici*, cit., 27; e TAMAGNINI, *Le Casse rurali*, cit., 55, 67, il quale rileva come, per tutte le ragioni sopra accennate, nella cassa rurale, a differenza di quanto avvenuto nelle banche popolari, «[l]a questione [...] della ripartizione [...] degli utili sociali [abbia sempre] presenta[to] una importanza secondaria».

<sup>95</sup> Cfr. RAIFFEISEN, *Le Associazioni*, cit., 71 ss.

<sup>94</sup> Rimaneva in ogni caso di competenza dell'assemblea dei soci la fissazione dell'ammontare massimo dei prestiti erogabili, la relativa durata, la determinazione dei tassi d'interesse e delle varie provvigioni applicabili. Su tutti questi aspetti, diffusamente, LEONARDI, *Dalla beneficenza al mutualismo solidale*, cit., 569 s.

<sup>95</sup> Ma, in ogni caso, da fissarsi in misura non inferiore a quelli di mercato, dal momento che il valore del denaro non sarebbe stato correttamente percepito ove fosse stato prestato sottoscosto. Per altro verso, gli interessi non avrebbero potuto essere riscossi anticipatamente, dal momento che Raiffeisen considerava tale prassi moralmente inaccettabile: cfr. RAIFFEISEN, *Le Associazioni*, cit., 86 s.

<sup>96</sup> Le cooperative di credito di tipo Raiffeisen, oltre al credito d'esercizio, concedevano anche credito immobiliare con garanzia ipotecaria: cfr. BOTTERI, *Economia*, cit., 37.

sincronizzare la scadenza del prestito con l'utilizzo dello stesso<sup>97</sup>, permettendo così al socio-debitore un rientro rateale in funzione dell'effettivo conseguimento di valore dall'attività svolta col supporto del finanziamento ricevuto dalla sua cassa<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> Cfr. RAIFFEISEN, *Le Associazioni*, cit., 93 ss.

<sup>98</sup> Cfr. TAMAGNINI, *Le Casse Rurali*, cit., 63 s. Era questo un modo di operare pensato per venire incontro alle esigenze proprie della classe rurale. I piccoli agricoltori, infatti, erano capaci di conseguire il frutto della propria attività una sola volta nel corso dell'anno, al momento del raccolto; il che non avrebbe in alcun caso reso possibile una restituzione dei capitali presi a prestito in tempi brevi, né in un'unica soluzione. Si rendeva pertanto necessario accordare loro la possibilità di beneficiare di tempi di restituzione più lunghi, con contestuale possibilità di ammortamento rateale. Cfr., sul punto, LEONARDI, *Dalla beneficenza al mutualismo solidale*, cit., 567, il quale ricorda come questo aspetto fu fortemente criticato dai sostenitori del movimento delle banche popolari, dal momento che, a loro avviso, tale modo di operare delle casse rurali, a causa del *mismatch* che esso determinava tra raccolta ed impieghi, avrebbe potuto innescare una serie di dolorosi dissesti finanziari. In effetti, come rilevato anche da TAMAGNINI, *Apunti di storia della cooperazione*, cit., 766 s., lo stesso Raiffeisen si rese conto dei rischi nascenti dalla mancata corrispondenza, sul piano delle scadenze, tra afflussi e deflussi di denaro. Tra i depositi e prestiti delle casse, infatti, era difficile che venisse spontaneamente a stabilirsi un rapporto di equilibrio nel tempo, poiché all'epoca delle semine la domanda di prestiti era sempre decisamente superiore all'offerta di depositi, mentre al tempo dei raccolti accadeva esattamente il contrario. Per regolare questo importante aspetto, vennero impiegati diversi correttivi. Innanzitutto, si introdusse il preavviso di disdetta di quattro settimane, col quale la cassa si metteva in condizione di poter più agevolmente reperire la liquidità necessaria a far fronte alle eventuali richieste dei suoi creditori, e, ad un tempo, di controllare l'utilizzo dei prestiti da parte dei debitori. Cosicché, se il denaro non fosse stato impiegato dal socio per gli usi convenuti, la cassa avrebbe potuto chiederne la restituzione anticipata. In secondo luogo, i prestiti dovevano comunque essere adeguatamente garantiti, e la forma all'uopo più di frequente utilizzata era la fideiussione. Ultima misura, ma non certo per importanza, fu quella dell'introduzione, che iniziò ad essere progettata a far data dal 1869, di una serie di (banche) "centrali", le quali, oltre a dare rappresentanza unitaria al movimento, svolgevano importanti funzioni di compensazione e di assistenza finanziaria, garantendo investimenti sicuri alle casse in *surplus* di liquidità rispetto alla domanda locale ed erogando crediti a quelle in *deficit* finanziario. Sul complesso (ma assai efficace) sistema di aggregazione delle casse rurali introdotto da Raiffeisen, cfr., con ampiezza di dettagli, LIBBI, *Cenni storici*, cit., 71 ss.; LEONARDI, *Dalla beneficenza al mutualismo solidale*, cit., 570 ss.; ASCHHOFF - HENNINGSSEN, *Das deutsche Genossenschaftswesen*, cit., 23; nonché lo stesso RAIFFEISEN, *Le Associazioni*, cit., 129 ss. Sui contrasti allora sorti in merito alla asserita contrarietà delle casse raffaiseniane ai principi propri del commercio bancario, cfr. anche, in termini più generali, la ricostruzione che di quel dibattito è riportata in ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 104 ss.; mentre per i suoi riflessi in Italia cfr. RABBENO, *La cooperazione in Italia. Saggio di sociologia economica*, Milano, 1886, 32 ss.

Nonostante le notevoli difficoltà con cui, anche sul piano politico, essa dovette fare i conti, la formula di Raiffeisen ottenne rapido successo, tanto in Germania – ove il numero di società cooperative aderenti al suo programma crebbe velocemente, passando dalle 2 del 1865 alle 77 del 1871, per poi giungere ad una cifra superiore alle 9.000 unità nel 1889<sup>99</sup> –, quanto altrove (Belgio, Francia, Italia, Spagna, Austria, Ungheria, Svizzera, Stati balcanici, Pesi scandinavi, ecc.)<sup>100</sup>.

Alla fine degli anni Settanta del XIX secolo, dunque, la Germania poteva offrire all'Europa due modelli di cooperazione di credito entrambi ben consolidati: “banche popolari” cittadine, interlocutrici privilegiate dell'imprenditoria industriale e commerciale; e “casse sociali di credito”, che si rivolgevano invece alla piccola proprietà rurale<sup>101</sup>.

E di questi due modelli, l'esperienza italiana effettivamente si avvale, riuscendo a replicare, grazie all'opera di alcune personalità di spicco, l'intuizione tedesca. Tuttavia, mentre delle Banche popolari si seguirà a narrare la storia, descrivendone la fase d'impianto in Italia ed i successivi sviluppi sino al Codice di commercio del 1882, per ciò che riguarda le Casse rurali (e artigiane)/Banche di credito cooperativo, l'analisi deve necessariamente fermarsi qui, fatti comunque salvi i richiami che, specie a fini di comparazione tra i due modelli, saranno, di volta in volta, effettuati<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> TAMAGNINI, *Le Casse Rurali*, cit., 34.

<sup>100</sup> Cfr. GOGLIO - LEONARDI, *Le radici del credito cooperativo*, cit., 19, 20; MARTÍNEZ SOTO, *El cooperativismo alemán entre 1860-1930*, cit., 13 s.; TAMAGNINI, *Le Casse Rurali*, 37 ss.

<sup>101</sup> Così CAFARO, *La solidarietà efficiente*, cit., 28.

<sup>102</sup> Sulla storia e sull'ordinamento giuridico delle Casse rurali/Banche di credito cooperativo italiane, sarà sufficiente rinviare a TAMAGNINI, *Le Casse Rurali*, cit., 89 ss.; CAFARO, *La solidarietà efficiente*, cit., *passim*; BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, cit., 111 ss.; COSTI, *L'ordinamento*, cit., 404 ss.; BELLÌ, *Legislazione bancaria*, cit., 279 ss.; ALBERICI, *Le cooperative di credito*, cit., *passim*; SANTORO, *Profili funzionali e operativi delle Casse rurali e artigiane*, Milano, 1984; ID., *Banche di credito cooperativo*, Siena, 1997; BELLÌ - CATENI - SANTORO (a cura di), *Casse di credito cooperativo e riforma della legislazione bancaria*, Siena, 1993, *passim*; PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, I, 167 ss.; CARRETTA (a cura di), *Credito cooperativo*, cit., *passim*.

## 5. La fase d'impianto delle Banche popolari in Italia: introduzione

Due sono, in particolare, i nomi che, più di altri, sono legati alla fase d'avvio del credito popolare in Italia. Si tratta di Luigi Luzzatti e di Francesco Viganò<sup>105</sup>. Entrambi si dedicarono con grande devozione allo studio delle cooperative di credito allora già fiorenti in Germania, ma solamente il primo riuscì nell'impresa di passare dalle nozioni astratte alla realizzazione concreta dell'esperienza della Banca popolare in Italia<sup>104</sup>.

La campagna a favore dell'introduzione di istituti di credito popolare, da istituirsi sul modello di quelle tedesche, Luzzatti la iniziò giovanissimo, con un'opera pubblicata nel 1863, la quale rappresentò il manifesto di tutto il suo pensiero in fatto di credito e banche<sup>105</sup>.

Il primo esperimento fu, quale emanazione della locale società di mutuo soccorso<sup>106</sup>, quello avviato a Lodi nel 1864; seguirono, nello

<sup>105</sup> Tra le opere di quest'ultimo, cfr., con specifico riguardo alla cooperazione di credito, VIGANÒ, *Le banche popolari*, cit., (part.) 119 ss.; ID, *La fratellanza umana, ossia Le società di mutuo aiuto, cooperazione e partecipazione ed i municipi cooperativi*, Milano, 1873, 121 ss.; ID., *Banche popolari a responsabilità illimitata. Schulze-Delitzsch, Raiffeisen, Wollemborg*, Milano, 1885, *passim*. Su Luzzatti, cfr. *infra*, nota n. 105. Neppure vanno poi dimenticati i nomi di Luciano Zalli, Pietro Vacchelli e, nel mezzogiorno, di Giustino Fortunato: cfr., per qualche riferimento, FANTINI, voce *Banca popolare*, in *Nov. Dig. it.*, II, Torino, 1964, 252.

<sup>104</sup> Cfr. RABBENO, *La cooperazione in Italia*, cit., 10. Sull'importanza dell'opera di Luzzatti e Viganò nel contesto delle prime vicende della cooperazione italiana, cfr. anche ZANGHERI, *Nascita e primi sviluppi*, in ZANGHERI - GALASSO - CASTRONOVO, *Storia del movimento cooperativo in Italia 1886-1986*, Torino, 1987, 62 ss.

<sup>105</sup> LUZZATTI, *La diffusione del credito*, cit., *passim*. I contenuti di quest'opera sono assai chiaramente illustrati da PECORARI, *Cooperazione di credito e banche popolari*, cit., 151 ss. Luzzatti curò anche l'*Introduzione* alla versione italiana dell'opera di SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit. Su Luzzatti quale "padre" e "apostolo" del credito popolare in Italia, cfr. anche DEGL'INNOCENTI, *Luigi Luzzatti e l'"onestà operosa"*; e PETROVICH, *Luigi Luzzatti: la diffusione del credito e le banche popolari come ipotesi di previdenza volontaria*, entrambi in BALLINI - PECORARI (a cura di), *Luigi Luzzatti e il suo tempo*, Atti del convegno internazionale di studio (Venezia, 7-9 novembre 1991), Venezia, 1994, 425 ss., 459 ss.; nonché BASEVI, *Luigi Luzzatti cooperatore*, in *Riv. coop.*, 1952, 117 ss.

<sup>106</sup> Sui rapporti, nella sua fase embrionale in Italia, tra cooperazione e mutuo soccorso, cfr., nella storiografia economica, ZANGHERI, *Nascita e primi sviluppi*, cit., 5 ss.; e CIUFFOLETTI, *Dirigenti e ideologie*, in SAPELLI (a cura di), *Il movimento cooperativo in Italia. Storia e problemi*, Torino, 1981, 93 ss. Per una trattazione in chiave generale, profili giuridici compresi, di quella che appunto fu una delle radici essenziali della cooperazione nel nostro paese, cfr., invece, MARTUSCELLI, *Le società di mutuo soccorso*,

stesso anno, gli istituti di Brescia e Asola, ma fu con l'istituzione delle banche di Milano e Cremona nel 1865 che le Popolari trovarono lo *specimen* di quasi tutti gli istituti che, dopo la Lombardia, sarebbero sorti negli anni seguenti in Toscana, in Emilia-Romagna, nel Veneto e, alla fine, sia pur con maggiori difficoltà, anche nelle province meridionali<sup>107</sup>.

Le ragioni invocate da Luzzatti a sostegno del progetto furono, sostanzialmente, le stesse che avevano dato origine alle *Volksbanken* tedesche, ossia l'esigenza di diffondere il credito tra le classi che, di fronte allo sviluppo del capitalismo e delle grandi imprese manifatturiere, ne avevano più disperatamente bisogno<sup>108</sup>. Ed il modello preso a riferimento fu, appunto, quello di Schulze-Delitzsch<sup>109</sup>, ossia un modello di banca fondato sulla libera associazione cooperativa, sul risparmio volonta-

cit., *passim*; GOBBI, *Le società di mutuo soccorso*, Milano, 1902; nonché, negli studi più recenti, MARTONE, *Le prime leggi sociali*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 3-4, Il "Socialismo giuridico": *Ipotesi e letture*, Tomo I, Milano, 1974-75, 122 ss. Sui nessi tra mutuo soccorso e credito popolare, cfr., inoltre, quanto si dirà *infra*, nota n. 182.

<sup>107</sup> *In terminis*, PECORARI, *Cooperazione di credito e banche popolari*, cit., 164. Adde, POLSI, *Alle origini*, cit., 202. Talvolta, nella letteratura dell'epoca, si ritrova indicata quale prima Banca popolare italiana non già quella di Lodi, bensì quella istituita, nello stesso anno, a Montelupo Fiorentino: cfr. FORTUNATO, *Le società cooperative di credito*, Milano, 1877, 26. Per alcuni dati statistici relativi ai primi sviluppi delle Banche popolari italiane, cfr., oltre agli Autori già citati in nota n. 105, l'ampio resoconto di CAFARO, *Banche popolari e casse rurali tra '800 e '900: radici e ragioni di un successo*, in PECORARI (a cura di), *Le banche popolari nella storia d'Italia*, Venezia, 1999, 21 ss.

<sup>108</sup> «[D]iffondere il credito [...] manifesta un reale bisogno [...]. Il credito deve espandersi [...]. [I]l credito è come il sole, illumina e vivifica; ma oggidi nelle attuali condizioni di cose, questo sole rischiera soltanto le vette delle montagne e dei colli, e la valle e le sotterranee chiostre non hanno ancor salutato i suoi raggi. Le nostre Banche sono aperte ai ricchi negozianti, ma il varco è chiuso ai proprietari di più modeste fortune ed a tutti quelli che hanno per unico capitale il lavoro delle loro braccia» (LUZZATTI, *La diffusione del credito*, cit., 48 s.). Ulteriori citazioni in DEGL'INNOCENTI, *Luigi Luzzatti*, cit., 439.

<sup>109</sup> Anche l'Unione di credito di Bruxelles e le banche scozzesi, in quanto paradigmi pur essi idonei a saggiare a priori la capacità di risparmio del ceto medio, parvero a Luzzatti istituzioni particolarmente meritevoli di attenzione e studio (LUZZATTI, *La diffusione del credito*, cit., 57 ss.), anche se le sue conclusioni sarebbero poi state nel senso di sostenere la più facile adattabilità del modello della *Volksbank* tedesca al contesto socio-economico italiano (*ivi*, 114 ss.).

rio e, quindi, sull'auto-aiuto, avente la finalità principale di finanziarie il capitale d'esercizio di attività produttive medio-piccole<sup>110</sup>.

Ma, se sul piano programmatico ed ideologico fu possibile – almeno apparentemente<sup>111</sup> – rinvenire una perfetta aderenza del programma luzzattiano al dettato dello Schulze-Delitzsch<sup>112</sup>, fu sul piano giuridico-istituzionale che il modello tedesco venne parzialmente disatteso, e lo fu, per giunta, su di un aspetto particolarmente importante: le Banche popolari italiane, infatti, vennero costituendosi come società anonime per azioni a responsabilità limitata<sup>113</sup>.

Trattasi di questione fondamentale nello studio dell'istituto, dal momento che, in prospettiva storica, fu proprio la scelta di adottare la forma dell'anonima, ossia dell'impresa capitalistica per eccellenza, l'elemento che valse a dare innesco al dibattito intorno alla “vera natu-

<sup>110</sup> Cfr. PETROVICH, *Luigi Luzzatti*, cit., 464. Pur se negli anni Sessanta del XIX sec., il processo di accumulazione di capitali non si era ancora portato ai livelli già registrabili in Germania, ed anche se la grande industria moderna rappresentava ancora un'eccezione nel contesto di un'economia che rimaneva prevalentemente agricola, pare comunque possibile affermare che, anche in Italia, la principale ragione di successo delle Banche popolari fu rappresentata dalla loro abilità di inserirsi in quella fetta di mercato lasciata libera dalle grandi banche anonime già operanti, sfruttando la carenza di rapporti tra quest'ultime e i piccoli operatori economici: cfr., in questo senso, DE ROSA, *Le banche popolari nell'economia dell'Italia liberale*, in PECORARI (a cura di), *Le banche popolari*, cit., 2; e ROTONDI, *Mercato e sviluppo economico e sociale: riflessioni sulle origini delle banche popolari*, in QUADRIO CURZIO (a cura di), *Le banche popolari cooperative. Profili italiani ed europei*, Milano, 2009, 47 ss., 72, la quale, in particolare, vede nelle Popolari «le protagoniste di lungo periodo della crescita di un'“Italia di provincia”, così come le grandi banche di credito Comit e Credito italiano (e lo Stato, grande intermediario finanziario) sono state protagoniste della crescita delle grandi imprese e delle grandi città».

<sup>111</sup> Cfr., a tal riguardo, le considerazioni che verranno svolte *infra*, § 9, part. note nn. 212-215 e testo corrispondente.

<sup>112</sup> Anche per Luzzatti, così come per lo Schulze, infatti, il credito popolare era il migliore strumento per ricomporre ideologie e scuole di pensiero diverse, ambendo egli a dare unità ad un movimento cooperativo che, secondo la sua concezione, avrebbe dovuto presentarsi come interclassista ed aconfessionale, e, pertanto, in grado di disinnescare tutte le tensioni nascenti dalla questione sociale: cfr. LABADESSA, *L'organizzazione cooperativa*, cit., 205 ss.; PETROVICH, *Luigi Luzzatti*, cit., 463 ss.; e DEGL'INNOCENTI, *Luigi Luzzatti*, cit., 428, 436.

<sup>113</sup> Con alcune eccezioni: la Banca popolare di Bergamo e – ma solo inizialmente – quella di Brescia, ad esempio, si costituirono come società a responsabilità illimitata: cfr. FORTUNATO, *Le società cooperative di credito*, cit., 63; MARTUSCELLI, *Le società*, cit., 318, ivi alla nota n. 1.

ra” delle Banche popolari italiane<sup>114</sup>; un dibattito che da allora non si sarebbe mai più sopito, e che, anzi, avrebbe fatto di queste banche uno degli istituti più problematici del diritto commerciale contemporaneo<sup>115</sup>: furono mai esse istituzioni davvero “popolari” (*id est*: rappresentarono esse una iniziativa della e per la piccola gente)? Furono mai esse “vere” società cooperative (*id est*: imprese operanti secondo mutualità), oppure, sin dalle loro stesse origini, la loro natura cooperativa fu questione di mera forma organizzativa, piuttosto che di sostanza di rilievo causale?

Questi gli interrogativi che vennero da più parti sollevati, ed intorno ai quali occorrerà ragionare; non prima, però, di aver fornito qualche dettaglio ulteriore intorno a quello che fu l’ordinamento giuridico delle origini delle Banche popolari nella loro fase di impianto in Italia.

## 6. (*segue*) I profili giuridici

Uno dei primi problemi che i promotori delle Banche popolari si trovarono a dover risolvere, fu quello di giungere rapidamente alla costituzione di società dotate di personalità giuridica; elemento, questo, imprescindibile perché le istituende società potessero compiere con adeguata semplicità di forme e con sufficiente certezza di effetti le operazioni bancarie che si proponevano<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Cfr., per il momento, VIRGILII, voce *Cooperazione*, in *Dig. it.*, Vol. VIII, Torino, 1898-1900, 807 s.

<sup>115</sup> Così le ha definite SANTOSUOSSO, *Le due anime e le diverse identità delle banche popolari nell’universo della cooperazione*, in *Giur. comm.*, 1997, III, 434.

<sup>116</sup> Cfr. POLSI, *Alle origini*, cit., 200. Nella letteratura dell’epoca, RABBENO, *La cooperazione in Italia*, cit., 20, sia pur riferendosi alla situazione osservabile vigente il Codice di commercio del 1882, aveva rilevato come quest’esigenza si presentasse per le società di credito ben più stringente di quanto non lo fosse nelle cooperative di altra specie che pure allora venivano costituendosi. Una piccola cooperativa di consumo, ad esempio, avrebbe potuto operare senza grossi impacci anche per mezzo dell’assunzione di obbligazioni personali da parte di qualche amministratore che fosse stato disposto ad intervenire in nome proprio nei contratti con i terzi. Nelle cooperative di credito, viceversa, «le operazioni [...] sono di tal natura che una società non riconosciuta legalmente non potrebbe in alcun modo funzionare». La medesima questione si era posta, a suo tempo, allo Schulze con riguardo alle sue *Volksbanken*. Anche in Germania, infatti, la prima preoccupazione fu quella di rendere le nuove cooperative capaci di assumere ed azionare diritti e obbligazioni patrimoniali in qualità di soggetti distinti dalle persone dei loro soci ed amministratori. In quel caso, tuttavia, venne adottata una soluzio-

ne ben diversa da quella verso cui ci si orientò in Italia. Mancando nel Codice di commercio germanico del 1861 una apposita normativa per le società cooperative, si trattò di comprendere se queste potessero comunque trovare utile di organizzarsi in conformità ad uno dei diversi tipi di società commerciali in esso contemplati. Ciò in quanto il qualificarsi come società commerciali ai sensi di quel codice, avrebbe senz'altro accordato alle nuove istituzioni di credito privilegi e concessioni sufficienti a fornire loro la capacità soggettiva e l'autonomia patrimoniale di cui avevano bisogno. Ciò nondimeno – ora per tale, ora per tal'altra ragione – nessuno dei cinque tipi previsti dall'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (d'ora in avanti, "A.D.HGB") sembrava pienamente adattabile al modello della banca popolare schulziana. Non la società in nome collettivo (*offene Handelsgesellschaft*), né l'accomandita semplice (*Kommanditgesellschaft*), per le quali il codice richiedeva l'iscrizione presso il tribunale di commercio da effettuarsi mediante la comparsa personale e la sottoscrizione del contratto sociale da parte di tutti i soci, oppure dietro presentazione di scrittura autenticata nelle sottoscrizioni di tutti i soci da parte di un magistrato o di un notaio. Ai sensi dell'A.D.HGB, erano queste formalità da ripetersi a fronte di ogni ipotesi di recesso o di ammissione di nuovi soci, ciò che rendeva i due tipi summenzionati praticamente inadatti a conferire alle cooperative quel carattere aperto di cui, invece, si voleva che queste fossero dotate. Un tale inconveniente non si presentava nell'accomandita per azioni (*Kommanditgesellschaft auf Aktien*), per la cui costituzione era richiesta la comparizione personale dei soli soci accomandatari illimitatamente responsabili. Tuttavia, neppure questa forma giuridica appariva acconcia all'esigenze delle nuove cooperative, giusta la mancanza – in essa come del resto nell'accomandita semplice – dell'obbligo solidale di tutti i soci, reputato da Schulze elemento essenziale nella fase di avvio del movimento del credito popolare. Per la stessa ragione era altresì da escludersi il ripiego sulla forma dell'anonima per azioni (*Aktiengesellschaft*), la quale, peraltro, presentava (almeno fino alla legge liberalizzatrice del 1870) l'ulteriore inconveniente di essere tipo accessibile soltanto con previa autorizzazione governativa, per non dire poi della fissità della cifra del capitale e dell'alto importo (25%) dei conferimenti iniziali da eseguire in fase di costituzione, incompatibile con l'idea di Schulze circa la necessità di una rateizzazione dei conferimenti che rendesse possibile il confluimento nelle *Volksbanken* anche della più modesta cifra risparmiata da artigiani e commercianti. Inadeguato era, infine, anche l'ultimo istituto disciplinato nell'A.D.HGB, ossia quello della società tacita (*Stille Gesellschaft*, corrispondente alla nostra associazione in partecipazione), in quanto fattispecie contrattuale a mero rilievo obbligatorio, priva dei necessari risvolti corporativo-organizzativi. Gli era, inoltre, che, su di un piano più generale, appariva tutt'altro che certa la possibilità di ricomprendere le *Volksbanken* nella nozione di società commerciale rilevante ai sensi dell'A.D.HGB. Schulze, infatti, dubitava che i negozi compiuti dalle banche operanti esclusivamente con i propri soci potessero qualificarsi come atti di commercio ai sensi del codice, ciò che avrebbe impedito alle unioni di credito a mutualità "pura" di qualificarsi come società commerciali per mancanza del requisito della professionalità. Per tutte queste ragioni, «[r]iesciva dunque altamente necessario che si desse a tutto quest'argomento giuridico un ordinamento acconco, per mezzo di un atto legislativo proprio e adatto all'essenza ed al bisogno delle unioni di credito e di altre simili specie di associazione» (SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 96). Furono questi, dunque, i motivi alla base della legge prussiana del 27



Senza tentennamenti di sorta, si decise, dunque, di optare per la forma dell'anonima per azioni a responsabilità limitata<sup>117</sup>, così che le nuove istituzioni potessero giovare, per un verso, dei privilegi di persona giuridica accordati al tipo, e, per altro verso, della limitazione di responsabilità propria di esso, in questo modo distaccandosi, come già si è rilevato, dalla connotazione eminentemente personalistica di matrice schulziana, che invece contemplava la responsabilità solidale ed illimitata dei soci<sup>118</sup>.

In un ordinamento giuridico che non conosceva alcuna disciplina *ad hoc* della società cooperativa<sup>119</sup>, e che neppure contemplava uno statuto speciale per l'impresa di tipo bancario<sup>120</sup>, notevole rilevanza assun-

---

marzo 1867, regolante «le condizioni di diritto privato delle associazioni di acquisto e di economia» (di cui qualcosa già si è detto *supra*, § 3, nota n. 45), alla cui approvazione fu decisiva l'iniziativa assunta dallo stesso Schulze in sede politica (cfr. ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 84 ss.; MARTUSCELLI, *Le società*, cit., 247 ss.). Suo obiettivo dichiarato era quello di dare alle cooperative una legge che consentisse di coniugare le norme dell'A.D.HGB sulla collettiva – di cui si voleva mutuare l'elemento della responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci nelle relazioni esterne – con i benefici propri del tipo azionario – di cui invece tornava particolarmente utile riprendere i caratteri di organizzazione di tipo corporativo: «Ora, se le norme che il codice di commercio stabilisce per la società in nome collettivo (le quali corrispondono perfettamente alle relazioni esterne delle nostre associazioni, alla obbligazione personale dei soci per i debiti della società, ecc.) si pongano in accordo colle altre norme sancite nel codice stesso riguardo alla società per azioni, che s'acconciano pure perfettamente alle relazioni interne nascenti necessariamente entro il seno di ogni società, p.e. intorno all'amministrazione, alle deliberazioni, all'ingresso e al recesso de' soci, [...] si soddisfano perfettamente tutti i bisogni nostri» (SCHULZE-DELITZSCH, *op. cit.*, 97). Per il rilievo della *eingetragene Genossenschaft* introdotta dalla legge prussiana del 1867-8 (d'ora in avanti, *Genossenschaftsgesetz* o "GenG") quale «Rechtsform zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften», cfr., ora, anche STEDING, *Das Genossenschaftsgesetz – das "Meisterstück" von Hermann Schulze-Delitzsch*, in AA.VV., *Hermann Schulze-Delitzsch. Weg – Werk – Wirkung*, cit., 59 ss.

<sup>117</sup> Cfr., tra i molti, DEGL'INNOCENTI, *Luigi Luzzatti*, cit., 440; TAMAGNINI, *Cooperazione di credito*, cit., 225.

<sup>118</sup> Cfr. *supra*, § 3. Ci si limita qui ad esporre i fatti per come essi si verificarono, con la riserva di valutare criticamente quelle che furono le ragioni alla base delle scelte compiute nei paragrafi seguenti.

<sup>119</sup> Sulle ragioni – non solo legate ad uno sviluppo ancora scarso del fenomeno, ma di carattere anche politico – dell'assenza di ogni riferimento alla cooperativa nel Codice di commercio del 1865, cfr. BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, cit., 9 ss.; BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, ne *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1988, 7.

<sup>120</sup> Cfr. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 25 ss.

sero, nella definizione della fisionomia delle prime Popolari, le scelte che vennero compiute in sede statutaria<sup>121</sup>. La soggezione al diritto comune, difatti, conferiva alle Banche popolari un'autonomia sufficiente per poter introdurre e praticare regole assai caratterizzanti<sup>122</sup>, quali il voto capitario<sup>123</sup>, la nominatività dell'azione<sup>124</sup>, ed, eventualmente, anche il perseguimento di uno scopo non eminentemente lucrativo, bensì mutualistico<sup>125</sup>. Erano, queste, tutte regole dipendenti dalle scelte che fossero state inizialmente compiute dai fondatori della banca, e che, una volta costituita la società, sarebbero rimaste nella piena disponibilità dell'assemblea dei soci, la quale, così come esse erano state dapprima autonomamente introdotte, avrebbe potuto in qualsiasi momento variamente modificarle e, al limite, anche sopprimerle<sup>126</sup>.

Occorre tuttavia rilevare come, per altro verso, l'essere tenute all'osservanza della disciplina comune, impedisse di dare piena accoglienza a taluni altri principi sviluppati dalla prassi cooperativa prece-

---

<sup>121</sup> *Ivi*, 388. Si è già avuto modo di sottolineare come, tra le prime esperienze, furono gli statuti delle Popolari di Milano e Cremona a rappresentare, in un certo senso, il modello tipico che si sarebbe progressivamente affermato e diffuso, sempre più contraddistinguendo il modo d'essere di tutto il movimento negli anni a venire. Se ne darà più diffuso conto *infra*, § 7.

<sup>122</sup> Cfr., per un cenno in merito al modo in cui le cooperative allora nascenti solessero adattare alle proprie specifiche esigenze la comune disciplina delle società commerciali di cui al Codice di commercio del 1865, BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile nelle società cooperative*, Milano, 2012, 2 ss.

<sup>123</sup> L'art. 143 Cod. comm. 1865 rimetteva allo statuto la determinazione di numerose e assai rilevanti

norme di organizzazione, ivi compreso «il modo con cui [gli azionisti] esercit[ano] il diritto di suffraggio»: cfr. BORSARI, *Il codice di commercio annotato*, Torino, 1868, 454 ss.

<sup>124</sup> Che poteva essere introdotta, eventualmente anche a seguito di conversione di azioni già emesse al portatore, ai sensi dell'art. 150, co. 3, Cod. comm. 1865: *ivi*, 459 ss.

<sup>125</sup> Per FORTUNATO, *Le società cooperative di credito*, cit., 64, la costituzione in guisa di società anonime secondo le disposizioni del Codice di commercio del 1865, fu, dunque, «una finzione legale, cui però [le Banche popolari italiane] rassegnarono di buon grado per non vivere fuori degli ordini legislativi». Per approfondimenti circa le opzioni a disposizione delle società cooperative sotto il vigore di quel codice, cfr. il volume di CLAVARINO, *La costituzione legale delle società cooperative*, Roma, 1876.

<sup>126</sup> Cfr. *infra*, note nn. 174-178 e testo corrispondente, ove si darà conto delle scelte di alcune Popolari che ben presto rinunciarono al principio del voto capitario e di altre che trasformarono le azioni al portatore, così come pure si evidenzierà la scelta, quasi immediata, di gran parte del movimento a favore dell'abbandono del principio di stretta mutualità.

dente. Il che valeva, ad esempio, per l'obbligo, comune ad ogni società anonima ai sensi dell'art. 135 Cod. comm. 1865, di costituirsi con un capitale definito e sottoscritto per almeno 4/5 all'atto dell'autorizzazione regia<sup>127</sup>; ciò che, di fatto, impedì di dotare pienamente le Banche popolari di quel carattere aperto che avrebbe dovuto, invece, rendere sempre possibile, come normale fatto di gestione, il recesso del socio non più interessato alla prestazione mutualistica<sup>128</sup>. Ad un certo momento, inoltre, accadde che le Banche popolari si trovarono a dover fare i conti con il mutato atteggiamento del Governo. Infatti, dopo una iniziale apertura verso le richieste avanzate dai primi istituti, a partire dal 1866, l'amministrazione non apparve più propensa a concedere, in sede di autorizzazione, il privilegio di un capitale di ammontare indefinito, come in precedenza aveva invece fatto con le Popolari di Milano e Cremona. Queste ultime si erano costituite alla vigilia dell'entrata in vigore del Codice di commercio del Regno del 1865, il quale, al pari del Codice albertino del 1842 che andava a sostituire<sup>129</sup>, non conteneva, come già si è detto, alcuna norma particolare sulle cooperative, sicché le Banche popolari rimanevano assoggettate allo stesso regime di controlli insistente su qualsiasi altra società anonima<sup>130</sup>. Tut-

<sup>127</sup> Cfr. BORSARI, *Il codice di commercio*, cit., 430 ss.

<sup>128</sup> Cfr., sul punto, POLSI, *Alle origini*, cit., 206, il quale acutamente nota come quello appena indicato fu uno degli aspetti che maggiormente contribuirono a «una più marcata evoluzione bancaria, in quanto, invece di procedere con cautela e parsimonia, [...] nella raccolta dei propri mezzi anche la banca popolare d[ovette] procedere a sbalzi, fare previsioni sulle possibilità di assorbimento delle proprie azioni, pensare ad un capitale di riferimento e al suo impiego, scegliere precocemente a quale pubblico rivolgersi, e adeguare di conseguenza la propria offerta di credito e di servizi». Peraltro, in una prospettiva più generale, non confinata, cioè, al solo settore del credito popolare, la dottrina giuridica dell'epoca già aveva iniziato a considerare i problemi che la fissità della cifra del capitale recava a quelle «società dette cooperative [...], che non si fondano, o almeno possono non essere fondate su capitali esistenti», dal momento che in esse «non si sfruttano capitali: si preparano», ed in relazione ai cui particolari scopi (mutualità) occorre che il capitale fosse – in aumento ed in diminuzione – «essenzialmente variabile» (BORSARI, *Il codice di commercio*, cit., 451). Al che si sarebbe provveduto, tuttavia, solamente con il Codice di commercio del 1882: cfr. la dottrina citata *infra*, note nn. 217 e 287, nonché, *praecipue*, BELVISO, *Scopo mutualistico*, cit., 9 ss.

<sup>129</sup> Sul quale cfr., indicativamente, A. PADOA SCHIOPPA, *La legislazione commercialistica nell'Italia preunitaria*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992, 149 ss.; PENE VIDARI, *Tribunali di commercio e codificazione carlo-albertina*, in *Riv. storia dir. it.*, 1971-72, XLIII-XLIV, 27 ss.

<sup>130</sup> Sull'ordinamento societario delineato dal Codice di commercio del Regno cfr., indicativamente, BORSARI, *Il codice di commercio*, cit., 346 ss.; e CARNAZZA PUGLISI, *Il*

tavia, nelle more dell'emanazione dei decreti attuativi e della riorganizzazione degli apparati amministrativi deputati all'autorizzazione, i due istituti poco sopra indicati, così come pure la Banca del Popolo di Firenze<sup>151</sup>, riuscirono ad ottenere l'autorizzazione sulla base di un capitale raccolto e versato, ma non statutariamente definito nel suo preciso ammontare. Alla Banca popolare di Lodi<sup>152</sup> ed alle altre che vennero costituite a far data dal 1866, tale privilegio rimase invece precluso<sup>153</sup>.

Quest'atteggiamento contraddittorio derivava, in parte, anche da una prassi ministeriale che era venuta sviluppandosi in maniera tutt'altro che lineare. Fino al 1865, infatti, la sorveglianza e l'autorizzazione sulle società anonime ed in accomandita per azioni erano competenze ripartite tra il Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio<sup>154</sup> e quello delle Finanze. Il R.D. 30 dicembre 1865, n. 2727 aveva poi introdotto un istituto di vigilanza unico formato da Commissari governativi alle dipendenze del MAIC, mentre, in virtù del R.D. 27 maggio 1866, n. 2966, il controllo sulle società soggette ad autorizzazione regia ai sensi dell'art. 156 del Codice di commercio del 1865 venne centralizzato presso il neoistituito Sindacato governativo

---

*diritto commerciale secondo il codice di commercio del Regno d'Italia*, Vol. II, Milano, 1868, 210 ss. Con particolare riguardo alle *rationes* sottese al sistema del controllo pubblico esercitato durante la sua vigenza, cfr. poi le note di FERRI, *Le società commerciali nel codice di commercio del 1865*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 73 ss.

<sup>151</sup> Sulle particolari vicende della Banca del Popolo di Firenze, la quale fu, in verità, figlia di un'idea imprenditoriale di ispirazione completamente diversa rispetto al sistema del credito popolare di Luzzatti – come incidentalmente testimoniato anche dalla sua inclusione tra le società di credito ordinarie, anziché tra le Banche popolari, da parte delle statistiche ministeriali dell'epoca – cfr. MARTUSCELLI, *Le società*, cit., 319 ss.; e POLSI, *Alle origini*, cit., 235 ss.

<sup>152</sup> La quale chiese l'autorizzazione ad operare come società autonoma nel 1865, così formalmente distaccandosi dalla società di mutuo soccorso in seno alla quale era sorta ed aveva sino ad allora operato: cfr. *supra*, nota n. 106 e testo corrispondente.

<sup>153</sup> FORTUNATO, *Le società cooperative di credito*, cit., 73 ss., riferisce di come le prime Popolari, al fine di aggirare l'art. 162 Cod. comm. 1865, il quale voleva che, nell'estratto dell'atto costitutivo della società da pubblicarsi negli annunci dei giornali giudiziari dopo il prescritto deposito presso la cancelleria del Tribunale di commercio, venisse indicato «*il montare del capitale sociale*», fossero solite ricorrere allo stragemma di fissare bensì statutariamente un primo ammontare del capitale della società, senza tuttavia mai sospendere l'emissione di nuove azioni, per poi ricorrere, in un secondo momento, all'adozione di una delibera assembleare di aumento che, di fatto, anziché precedere, interveniva a regolarizzare ed a dare consacrazione formale all'operazione già conclusa.

<sup>154</sup> D'ora in avanti, anche "MAIC".

sulle società commerciali e sugli istituti di credito<sup>135</sup>, originariamente istituito presso il Ministero delle Finanze, ma poi trasferito al MAIC con R.D. 4 novembre 1866, n. 3311. Peraltro, nel breve periodo nel quale gli uffici del Sindacato furono alle dipendenze del Ministero delle Finanze, il settore delle Banche popolari rimase privo di ogni controllo governativo, poiché il MAIC, dal quale la vigilanza prima dipendeva, si trovò tutto d'un tratto privato degli strumenti di attuazione del controllo<sup>136</sup>. Per giunta, proprio riguardo alle Banche popolari, si creò anche un aperto scontro istituzionale tra quest'ultimo Ministero e quello dell'Interno, il quale, pretendendo di assimilare le nuove istituzioni alle Casse di Risparmio<sup>137</sup>, sosteneva la propria competenza al controllo sulle stesse<sup>138</sup>.

I rapporti tra le Banche popolari, allora ancora alla ricerca di una loro precisa fisionomia, e il Sindacato governativo furono tutt'altro che idilliaci<sup>139</sup>. Sotto il vigore del Codice di commercio del 1865, infatti,

---

<sup>135</sup> Cfr. LA FRANCESCA, *Storia del sistema bancario italiano*, Bologna, 2004, 50 ss.; nonché, per una più approfondita disamina di quell'esperienza, BELLI - SCIALOJA, *Alle origini delle istituzioni capitalistiche in Italia: il sindacato governativo sulle società commerciali e gli istituti di credito (1866-1869)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1514 ss.

<sup>136</sup> Su queste vicende, oltre agli Autori citati alla nota precedente, cfr. i resoconti di colui che, nella breve esperienza del Sindacato governativo, fu titolare dell'ufficio di Censore centrale: DE CESARE, *Il sindacato governativo. Le società commerciali e gli istituti di credito nel Regno d'Italia*, Firenze, 1867, 11 ss. La relazione del De Cesare è ora pubblicata – insieme alla sua seconda edizione del 1869 (ma relativa all'attività del Sindacato per l'anno 1867) – anche in appendice a BELLI - SCIALOJA, *Vocazioni interventiste, miti ed ideologie del liberismo all'indomani dell'unificazione nazionale: il controllo delle società commerciali e degli istituti di credito nell'esperienza del Sindacato governativo (1866-1869)*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Momenti del pensiero giuridico moderno*, Sala Bolognese, 1978.

<sup>137</sup> Sulle quali allora insisteva la sua vigilanza: cfr. COSTI, *L'ordinamento*, cit., 32.

<sup>138</sup> Cfr. POLSI, *Alle origini*, cit., 205, ivi nota n. 30 e testo corrispondente. E si vedano, al riguardo, le obiezioni che contro tale qualificazione vennero mosse dallo stesso DE CESARE, *Il sindacato governativo*, cit., anno I, 19, il quale piuttosto sosteneva che le Banche popolari, essendo «l'associazione dei capitali per azioni il vero principio che le domina», non potessero «per vero dire confondersi o scambiare con le Casse di risparmio che hanno a reggitore di tutta la loro azienda il benefico principio della previdenza sovente annestato anche ad atti di beneficenza locale».

<sup>139</sup> A cominciare dal duro scontro in merito ai buoni di cassa che le Popolari, per colmare la mancanza di «moneta spiccia» prodottasi in conseguenza dei provvedimenti sul corzo forzoso, presero ad emettere in misura sempre più massiccia, all'uopo talvolta invocando la protezione dell'art. 135, co. 2, Cod. comm. 1865, il quale riconosceva alle società anonime la possibilità di emettere obbligazioni «od altri titoli al portatore».

l'appellativo di banca "popolare" era, né più né meno, che una petizione di principio<sup>140</sup>, che i promotori del movimento si trovarono a dover riempire di concreti contenuti di fronte ad un'amministrazione statale con cui il dialogo si rivelò sovente problematico.

Oltre alle già accennate difficoltà sperimentate in merito alla regola del capitale indefinito, infatti, le Popolari dovettero fare i conti con un atteggiamento rigoroso anche in punto di definizione dei limiti minimi e massimi del valore unitario delle azioni, che l'amministrazione voleva fossero fissati secondo cifre che rispecchiassero effettivamente l'indole "popolare" degli istituti, nonché col divieto di ricevere depositi dai non soci, dopo che in questo senso si era pronunciato, in un parere reso il 31 marzo 1867 in relazione alla richiesta di autorizzazione da parte della Banca mutua popolare di Venezia, il Consiglio di Stato. Sebbene le ragioni alla base dell'azione del Sindacato fossero probabilmente anche di altro tipo<sup>141</sup>, da quella pronuncia del Consiglio di Stato,

---

Tale attività di emissione ("abusiva") trovò, tuttavia, la dura opposizione del Sindacato, il quale non solo la reputava assai pericolosa rispetto ai propri compiti di controllo della base monetaria dello Stato, ma ne constatava altresì la contrarietà al divieto di operazioni aleatorie e di borsa sancito in molti degli statuti delle Banche, perciò sollecitando ripetutamente il Governo affinché venissero adottati gli opportuni provvedimenti: cfr. DE CESARE, *Il sindacato governativo*, cit., anno I, 20 ss.; anno II, 12 ss. Il MAIC, di concerto col Ministero delle Finanze, nominò un'apposita commissione col compito di studiare i mezzi atti a disciplinare il fenomeno. Per ulteriori ragguagli in merito al vivace dibattito sull'attività di emissione delle Banche popolari, cfr. BELLÌ - SCIALOJA, *Vocazioni interventiste*, cit., 22 ss.; POLSI, *Alle origini*, cit., 247 ss.; e, per la letteratura dell'epoca, ERRERA, *Le istituzioni popolari in Italia. (Istituti di credito per il popolo)*, in *Atti del Regio Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, 1866-1867, 906.

<sup>140</sup> Cfr. POLSI, *Alle origini*, cit., 213.

<sup>141</sup> Infatti, più che una mera questione di rispetto dei principi cooperativi, che già allora pur si poneva in seno al MAIC (cfr. quanto si dirà *infra*, nota n. 148 e testo corrispondente, in merito alla concezione che della "forma tipica" della Banca popolare aveva il ministro Finali), e che, del resto, fu alla base del citato parere del Consiglio di Stato, nella cui visione la Banca mutua popolare avrebbe potuto svolgere la propria attività tanto di provvista, quanto d'impiego solamente con i propri soci, sembra possibile affermare che la rigorosa messa in pratica del divieto di raccolta di depositi presso i terzi da parte del Censore De Cesare, dipese, in buona parte, ed anzi in maniera forse determinante, da quell'idea di razionalizzazione del mercato bancario che ispirò l'intera sua azione alla guida del Sindacato (cfr. LA FRANCESCA, *Storia*, cit., 51 ss.). Infatti, nella sua concezione di un sistema bancario da organizzarsi sulla base di una piena coerenza tra mezzi e fini, necessaria a garantire una corretta gestione delle imprese bancarie e un'adeguata protezione del pubblico, egli distingueva, collocandole in altrettanti compartimenti stagni da rendere tra loro assolutamente non comunicanti, l'area delle grandi banche mobiliari, dedite alla speculazione ed alla ricerca di alti profitti, l'area

l'amministrazione ritenne di trarre la norma per cui le Banche popolari, in quanto banche mutue, potessero svolgere le proprie operazioni soltanto con i propri soci<sup>142</sup>, così pretendendo di imporre dall'alto un principio di mutualità "pura", e, a partire da questo, di definire altresì gli ulteriori caratteri – primo tra essi il principio democratico "una testa-un voto" – intorno ai quali si voleva che fosse organizzato l'ordinamento delle banche cooperative cc.dd. *popolari*.

Alle origini, dunque, fu il Sindacato governativo a tentare di delineare, tramite la propria prassi in fatto di autorizzazioni, quelle che si ri-

---

del credito minore rappresentato dalle Banche popolari, e, infine, l'area della raccolta del risparmio minuto tra le classi più umili, riservata alle Casse di risparmio. Per il De Cesare, pertanto, diveniva necessario «fare in modo che la banca [popolare] riceva depositi solo dai suoi azionisti, per evitare il pericolo che possa un giorno trasformarsi in una cassa di risparmio, per le cui operazioni non offre guarentigie sufficienti e per impedire che in questa ipotesi i depositanti siano esclusi dalla rappresentanza». Viceversa, ove il depositante a risparmio avesse posseduto anche la qualità d'azionista, continuava il Censore centrale, questi avrebbe potuto «da se stesso, come socio, conoscere e tutelare la sicurezza dei suoi interessi». Non v'era perciò ragione, in questo secondo caso, «per negare alle Banche mutue popolari di farlo eziandio da Cassa di Risparmio pei loro azionisti». Tutte le citazioni sono tratte da POLSI, *Alle origini*, cit., 215, ivi note nn. 52 e 53 e testo corrispondente, il quale altresì rileva come questa visione del De Cesare venisse a scontrarsi in maniera frontale con quella di Luzzatti (ed invero anche col modello originario della *Volksbank* dello Schulze: cfr. *supra*, § 3, nota n. 44), per il quale, viceversa, i vari gradi del credito non erano altro che momenti di un processo evolutivo di mobilitazione dal basso di risorse da incanalare verso impieghi sempre più efficienti e produttivi. Luzzatti, del resto, ebbe più volte occasione di definire la Banca popolare come una «cassa di risparmio perfezionata», ossia un'istituzione in cui alla capacità di raccolta anche dei più piccoli rivoli di risparmio tra il pubblico, doveva associarsi il finanziamento degli investimenti produttivi, ossia lo strumento del credito da indirizzare, almeno in punto di principio, a favore di quelle stesse categorie di soggetti economici che alla detta raccolta avevano in prima battuta contribuito tramite previi, seppur modesti, atti di risparmio necessari a costituire il capitale d'impianto della società. Sulla concezione della Banca popolare quale «benemerita istituzione» da introdurre per superare l'esperienza dei Monti di pietà e di quelli frumentarii, così come pure di ovviare ai limiti delle Casse di Risparmio, prive delle «doti [dell']associazione [mutua]», ed a cui «manca la molla più potente che a di nostri sollevi la umana industria, [...] la molla del credito», cfr., tra i saggisti dell'epoca, TORRIGIANI, *Delle banche popolari e delle associazioni cooperative*, in *Nuova Antologia*, Firenze, 1866, 482 ss. Alla luce di quanto detto, risulta allora del tutto agevole comprendere perché il divieto di raccolta presso terzi fosse percepito dai sostenitori del nascente movimento come un odioso precetto amministrativo in grado di tarpare le ali a tutto il progetto del credito popolare. Lo stesso Luzzatti, del resto, si attivò in prima persona perché quel divieto fosse rimosso: cfr. *infra*, nota n. 143.

<sup>142</sup> Cfr. DE CESARE, *Il sindacato governativo*, cit., anno I, 179.

teneva dovessero essere le condizioni da rispettare perché risultasse lecito, nell'ordinamento dell'epoca, giustapporre l'appellativo di "popolare" alla denominazione di banca<sup>143</sup>. Ma, come noto, l'esperienza del Sindacato – e con essa la gabbia normativa che il De Cesare aveva immaginato per le Banche popolari – ebbe vita assai breve. Infatti, dopo che il Consiglio di Stato, nel 1868, aveva comunque rivisto la propria posizione in merito alla raccolta di depositi presso i non soci<sup>144</sup>, con l'avvento di Minghetti al MAIC, l'ufficio del Sindacato venne soppresso ad opera del R.D. 5 settembre 1869 n. 5256<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> Sotto altri aspetti, comunque, i rapporti tra il nascente settore delle Banche popolari e l'amministrazione statale si vennero spiegando in maniera più distesa. Ad esempio, risulta che non vi furono soverchie difficoltà ad ottenere, in sede di autorizzazione, il riconoscimento di un'operazione già allora caratteristica delle Popolari, ossia la concessione di prestiti su pegno delle proprie azioni, possibilità che era invece negata alle ordinarie società anonime: cfr. POLSI, *Alle origini*, cit., 213, ivi alla nota n. 48. Questo privilegio, nato nella prassi, sarebbe stato poi recepito dal Cod. comm. 1882, rimanendo formalmente sancito, per ciò che riguarda le Banche popolari, almeno sino al D.Lgs. 10 febbraio 1948, n. 105. Per approfondimenti al riguardo, cfr. RUSSO, *Un'operazione peculiare delle banche popolari: l'anticipazione ai soci su azioni proprie*, in *Cred. pop.*, 1971, 416 ss.; PIPITONE, *L'acquisto delle azioni proprie nelle banche cooperative*, ivi, 2002, 378 ss.; ID., *Cooperative di credito e anticipazioni ai soci sulle proprie azioni*, in BELLÌ - CATENI - SANTORO (a cura di), *Casse di credito cooperativo*, cit., 159 ss.; ID., *Ancora a proposito delle «anticipazioni» delle banche popolari*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1999, I, 163 ss.

<sup>144</sup> Cfr. MARTUSCELLI, *Le società*, cit., 315; e FORTUNATO, *Le società cooperative di credito*, cit., 150, il quale riferisce di una circolare dell'agosto 1869 con cui, dopo il *revirement* del Consiglio di Stato, anche il MAIC si esprime favorevolmente alla «felice combinazione delle casse di risparmio negli uffici delle banche popolari». Come poco sopra si accennava, pare che su tale questione l'intervento di Luzzatti risultò decisivo. Infatti, stando a quanto ancora una volta riferito da POLSI, *Alle origini*, cit., 218, ivi nota n. 57, in occasione dell'assemblea della Banca Popolare di Venezia del 26 gennaio 1868, con un'iniziativa che alla fine risultò aver successo, egli fece approvare un deciso appello con cui domandare al Ministero di allentare la limitazione sui depositi. Risulta, inoltre, che in merito alla natura della Banca popolare tra Luzzatti e De Cesare si instaurò una larvata polemica a distanza, la quale venne condotta soprattutto per tramite dei Reali Commissari che presenziavano nelle assemblee delle società in rappresentanza del Censore centrale.

<sup>145</sup> La soppressione del Sindacato rappresentò, come ben noto, il primo passo verso una liberalizzazione del sistema dei controlli governativi sulle attività economiche, la quale veniva da più parti auspicata in nome della rinnovata concezione secondo cui la tutela dell'interesse pubblico connesso al regolare funzionamento delle società avrebbe dovuto essere innanzitutto affidata all'iniziativa degli stessi interessati. Ciò che avrebbe poi trovato definitiva sanzione nel Cod. comm. 1882, col quale, difatti, si provvide a sostituire il regime dell'autorizzazione governativa con quello dell'omologazione giudi-



Non è semplice dare un giudizio definitivo in merito all'efficacia del tentativo del Sindacato di definire uno "statuto" sufficientemente preciso che potesse razionalizzare, tramite l'autoritarismo del controllo centrale, una fase tanto delicata quanto quella d'avvio dell'esperienza della Banca popolare nel nostro paese<sup>146</sup>, guidandola entro canali per lo più volti a contenere certe precoci tendenze verso un'evoluzione che, se lasciata a se stessa, avrebbe probabilmente portato all'affermazione di schemi assai lontani dallo stesso dettato luzzattiano<sup>147</sup>. Se questo aspet-

---

ziale (art. 91) e ad introdurre il controllo "privato" dei sindaci in luogo di quello amministrativo (artt. 183-185). Su queste importanti vicende, cfr., nella letteratura dell'epoca e poi negli studi più recenti, BODIO, *Del bisogno di rifondere le nostre leggi sulle società commerciali, e delle garanzie di legge che potrebbero sostituire l'autorizzazione governativa della società per azioni*, in *Il Politecnico*, XXIII, 1864, 95 ss.; GAZZOLO, *I sindaci delle società commerciali per azioni secondo la legislazione italiana*, Genova, 1888, 5 ss.; VIDARI, *Il nuovo codice di commercio*, Milano-Napoli-Pisa, 1884, 159 ss.; SCIALOJA, *Natura e limiti del controllo giudiziario degli atti sociali*, in *Saggi di vario diritto*, Vol. II, Roma, 1928, 85 ss.; CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali*, Milano, 1954, 16 ss.; BELLI - SCIALOJA, *Alle origini delle istituzioni*, cit., 1525; ID., *Vocazioni interventiste*, cit., 30 ss.; UNGARI, *Profilo storico del diritto delle anonime in Italia*, Roma, 1974, 54 ss.; GIRINO, *Genesi delle società anonime nei codici di commercio Vacca e Zanardelli: dal controllo governativo a quello giudiziario*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, 441 ss.; PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, Milano, 2008, 17 ss.

<sup>146</sup> Indicativa testimonianza di questa aspirazione del De Cesare è la raffigurazione che del modello di Banca popolare egli fornisce nella seconda relazione sull'attività del Sindacato, intraprendendo quello che appare come un tentativo di determinazione teorica in tutto e per tutto ispirato alla sua già richiamata concezione circa la morfologia di un sistema bancario "ottimo" (cfr. *supra*, nota n. 140): «Nel vasto campo aperto alla cooperazione, il principio fondamentale che diede vita ai primi esperimenti di Banche del popolo si giovò di molti elementi che servono di base [...] all'associazione di forze minime per sorreggerle a beneficio di tutti i compartecipi [...]. [C]iò [...] valse a creare il nuovo ente economico chiamato Banca popolare. [...] [L]a scienza fissò gli sguardi sul carattere che le banche popolari dovevano assumere, e il carattere parve lucidamente delineato nei due principii della mutualità e della moralità, siccome quelli che più da vicino davano mano al risparmio ed al credito personale delle classi lavoratrici. [...] Stabiliti i principi fondamentali, le conseguenze erano ben note da sè, cioè che i capitali dovessero raccogliersi tra i soli soci; le azioni dovessero essere nominative, inalienabili, e limitate nel numero; che le anticipazioni e gli sconti infine dovessero farsi ai soli soci» (DE CESARE, *Il sindacato governativo*, cit., anno II, 45 ss.).

<sup>147</sup> Così POLSI, *Alle origini*, cit., 217 ss. Sul punto cfr. pure le osservazioni di BELLI - BROZZETTI, voce *Banche popolari*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Comm., II, Torino, 1987, p. 166, ove viene sottolineato come, sin dai primi anni di vita delle "sue" creature, lo stesso Luzzatti si fosse spesso dovuto attivare per richiamare e difendere i principi costitutivi del credito popolare da lui propugnati di fronte ad un sempre più evidente af-

to può darsi per sufficientemente assodato, per altro verso, tuttavia, non pare che l'azione del De Cesare sia riuscita fino in fondo a contenere gli esiti di quel processo evolutivo, il quale interessò principalmente le Popolari presenti nei maggiori centri urbani, le quali, in molte di quelle misure calate dall'alto, vedevano delle costrizioni reputate eccessive, ed alle quali, pertanto, furono tutt'altro che propense a conformarsi<sup>148</sup>.

Le divergenze tra l'orientamento assunto dagli apparati di governo e gli esiti che il processo adattativo delle Popolari stava allora mostrando nella prassi, emergono in maniera molto chiara da una relazione con cui, nel 1874, il ministro Finali, dopo aver espresso la sua personale concezione di Banca popolare – ossia quella di una banca mutua retta dai tre caratteri essenziali della operatività limitata ai soli soci, della nominatività di azioni non trasferibili senza il consenso degli amministratori e del voto capitarario – si trovava a constatare come, degli 82 statuti considerati, solo la minima parte si conformasse a tutti e tre i sopra indicati principi, esprimendo seri dubbi in merito all'indole effettivamente “popolare” delle nuove istituzioni<sup>149</sup>.

Le perplessità, in realtà, non erano del solo Governo, ché anzi, lo si è già accennato<sup>150</sup>, sin dal primo comparire delle Banche popolari in Italia, gran parte della pubblicistica dell'epoca ne mise immediatamente in dubbio la natura di imprese perseguitanti un'effettiva funzione cooperativa, o, comunque, colse la composizione assai eterogenea della nuova

---

fievolimento della fedeltà a quei principi da parte di un movimento, quello delle Popolari appunto, che andava assumendo dimensioni sempre più importanti.

<sup>148</sup> Cfr. *infra*, § 7.

<sup>149</sup> «E se deviano dagli statuti? Noi non possiamo saperlo. In Liguria ce n'è una [la Banca Popolare di Genova] che ha 1,2 milioni di portafoglio e 4,1 di titoli di debito provinciale e comunale, e ha fatto imprese immobiliari a Roma; e poi siamo sicuri che il portafoglio delle Banche popolari sia formato da cambiali di piccole somme?» (FINALI, A.P., Camera dei deputati, *Discussioni*, Leg. XII, 20 febbraio 1874). La citazione è riportata in POLSI, *Alle origini*, cit., 212, ivi alla nota 47 e testo corrispondente, il quale, avendo consultato direttamente gli archivi del MAIC, ed avendo quindi potuto analizzare il processo di revisione degli statuti allora in atto, in ragione della constatata adozione di statuti assai poco vincolanti da parte delle Popolari di più recente istituzione, si spinge addirittura ad affermare che, molto probabilmente, il numero di banche che operavano conformemente ai canoni della “purezza” cooperativa e mutualistica fosse ben più esiguo di quello indicato dal ministro.

<sup>150</sup> Cfr. *supra*, § 5, in fine.

categoria di istituzioni di credito, constatando come alla “forma” cooperativa non sempre corrispondesse una “sostanza” mutualistica<sup>151</sup>.

È, pertanto, giunto il momento di fare maggiore chiarezza circa i termini intorno ai quali tale questione venne sviluppandosi e (assai vivacemente) dibattuta, così come occorre pure dare luce a quelli che ne furono gli importanti sottintesi politici, poiché anch’essi paiono essenziali per comprendere appieno la genesi ed il significato della prima normativa sulle cooperative che sarebbe poi stata introdotta – sotto la decisiva influenza, come si vedrà, proprio del movimento del credito popolare – col Codice di commercio del 1882.

## **7. Il processo di revisione degli statuti degli anni '60-'70 e le critiche alle Banche popolari quali istituzioni “borghesi” e “non cooperative”**

Se il primo statuto della Banca popolare di Lodi sembrava ancora seguire da vicino il modello della *Volksbank* di matrice schulziana, specie laddove si prevedeva che ogni socio non potesse possedere che una sola azione, e laddove si accordava espressa preferenza, sul piano delle operazioni attive, ai prestiti ai soci<sup>152</sup>; l’avvio dell’esperienza delle Popolari di Milano e Cremona segnò il primo passo verso un progressivo allontanamento da quel modello e l’insorgere delle accuse rivolte alle Banche popolari italiane di essere istituzioni che di “popolare” avevano ben poco, sotto quel nome in realtà dissimulando un’indole «eminentemente borghese»<sup>153</sup>, e che, per giunta, avevano talmente esteso

---

<sup>151</sup> Un cenno, in questo senso, in BELLI, *Legislazione bancaria*, cit., 90. È la tesi che la letteratura giuridica prevalente, sulla scia della nota affermazione di FERRI, voce *Banca popolare*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 13, secondo cui le Banche popolari conserverebbero delle cooperative nient’altro che la forma, non riproducendone, invece, la vera sostanza, avrebbe fatto propria negli anni a venire.

<sup>152</sup> Cfr. POLSI, *Alle origini*, cit., 202, il quale comunque riferisce che il limite al possesso azionario venne elevato a 5 azioni alla fine del 1864, soglia che rimaneva comunque particolarmente bassa rispetto a quelle previste negli statuti che, in maniera sempre più diffusa, sarebbero stati di lì a poco presi a modello di riferimento all’interno del movimento: cfr. *infra*, nel testo.

<sup>153</sup> Così RABBENO, *La cooperazione in Italia*, cit., 23. Una critica a dir poco feroce fu poi quella di G. LUZZATTI, *Credito capitalistico e moneta nazionale. Note di studio*, Milano, 1897, 104 ss.: «sono sfatati per molta parte anche i miracoli del movimento cooperativo borghese, [che è] movimento cooperativo non del lavoro, ma del capitale per ottenere l’estensione e la persistenza dell’intrapresa capitalistica, del profitto.

l'attività nei confronti dei non soci, differenziando notevolmente le forme tecniche di raccolta e di concessione del credito<sup>154</sup>, al punto di apparire ormai istituzioni per nulla diverse, nel modo d'essere e nel modo d'operare<sup>155</sup>, dalle banche di credito commerciale non cooperative<sup>156</sup>.

Occorre tuttavia precisare come, per vero, non appaia corretto procedere per generalizzazioni, poiché quella delle Popolari si rivelò sin da subito una categoria assai eterogena, all'interno della quale convivevano diverse "anime"<sup>157</sup>, quella delle "piccole" Popolari, ove del principio di mutualità venne per lo più mantenuta una concezione in termini di gestione di servizio al socio, e quella delle "grandi" Popolari, in cui, viceversa, la concezione della mutualità quale necessaria interdipendenza tra partecipazione alla società e utilizzazione dei servizi da essa resi<sup>158</sup>

Quando le cooperative di credito mirano pur sempre a realizzare i maggiori dividendi per i loro azionisti, che di solito non sono operai [...], ben si può dire che lo spirito vero della Cooperazione non è nelle Cooperative di oggi». Altrettanto nette, infine, le osservazioni di ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 247 s.: «Le Banche popolari non sorsero in Italia come in Germania, per virtù di solo popolo; le condizioni morali ed economiche ed anche intellettuali, l'istruzione, l'educazione delle nostre classi operaie, non lo permisero nè lo permettono ancora. Di qui il peccato di origine di queste Banche, formate [...] dalla borghesia commerciale per la massima parte coi capitali della gente agiata e speculatrice, governate con spirito burocratico, e tuttavia desiderose, invagghite di voler apparire o esser chiamate almeno consorelle delle Banche popolari tedesche. Questo peccato di origine non si smentì mai, anzi a misura che le nostre Banche popolari si svolgevano, penetrò in tutto l'organismo, si fece sentire in tutte le loro operazioni commerciali, le quali [...] non sono dissimili per natura da quelle degli altri istituti di credito. Il popolo non ci entrò che poco o punto; ma si volle intitolare le Banche anch'esse, come tante altre cose oggidì, del suo simpatico nome».

<sup>154</sup> Cfr. LA FRANCESCA, *Storia*, cit., 62.

<sup>155</sup> BELLÌ, *Legislazione bancaria*, cit., 90.

<sup>156</sup> «[S]i potrebbe osservare» – scriveva RABBENO, *La cooperazione in Italia*, cit., 23, ivi nota n. 1, in quella che fu una delle più lucide analisi dell'epoca – «che le banche popolari, abbiano o no il nome di cooperative, fanno ogni sorta di operazioni anche con i non soci [...]. E [...] comportandosi in tal modo, esse non sono che piccole banche ordinarie». Nello senso, dando ampio conto dell'«accusa di borghesità» che veniva da più parti rivolta alle Popolari italiane, si esprimeva pure VIRGILII, voce *Cooperazione*, cit., 808 ss.

<sup>157</sup> Ci si avvale, ancora una volta, di un'espressione di SANTOSUOSSO, *Le due anime e le diverse identità*, cit., 434.

<sup>158</sup> Ossia quella interdipendenza che la dottrina tedesca definisce in termini di *Identitätsprinzip*: cfr. MÜNKNER, *Co-operative Principles and Cooperative Law*, Marburg an der Lahn, 1974, 31 ss.; ID., *Genossenschaftliche Identität und Identifikation*

fu presto abbandonata, essendo in esse presto prevalse scelte miranti piuttosto a favorire la crescita aziendale, le quali, ad un certo momento, non potevano non andare a scapito del ruolo della gestione di servizio, di necessità ponendo tra gli scopi della società anche quello di garantire un'adeguata gestione di resa a chi all'irrobustimento dell'organismo aziendale aveva appunto partecipato mediante conferimenti di capitali che, in effetti, si andarono facendo sempre più cospicui<sup>159</sup>.

---

*der Mitglieder mit ihrer Genossenschaft*, Frankfurt am Main, 1990, *passim*; BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*, cit., 11 ss.

<sup>159</sup> Cfr. *infra*, nel testo. Sembra comunque doveroso ulteriormente chiarire come, neppur considerando il solo sottoinsieme delle “grandi” Popolari, appaia del tutto corretto – e per vero neppure agevole – generalizzare per giungere ad affermare che, nell'accennata convivenza tra causa mutualistica e lucrativa in seno alla medesima fattispecie societaria, vi fosse sempre e comunque una componente prevalente, e quale essa fosse. L'evoluzione statutaria delle prime Popolari – dettagliatamente analizzata da POLSI, *Alle origini*, cit., 202 ss. –, infatti, lascia chiaramente emergere una prassi talmente varia da rendere una generalizzazione di tal fatta semplicemente improponibile. Ciò nondimeno, è facile comprendere il perché dell'indirizzarsi delle critiche proprio verso le “grandi” Popolari, alle quali, in effetti, gli altri settori della cooperazione guardavano con sospetto, in esse scorrendo, più che vere imprese cooperative, una «forma compromissoria di società di persone e capitale» (E.C. COLOMBO, *Radici*, cit., 29), nella quale alto era il rischio che le ragioni del profitto nascenti dal commercio bancario finissero per eclissare la funzione cooperativa. Diverso era, invece, l'atteggiamento verso quelle banche cooperative che, pur in larga parte ispirandosi agli stessi principi economici delle Popolari, da queste venivano tuttavia differenziandosi per indole ed intenti, come anzitutto testimoniato dalle stesse denominazioni prescelte dai promotori. Il riferimento è qui all'esperienza di quelle “banche operaie”, “banche di credito per gli operai”, “casse operaie”, “casse popolari”, etc., tra cui, tanto per menzionarne una a mo' d'esempio, la Banca cooperativa per gli operai e la piccola industria istituita a Bologna da Aristide Ravà (che in effetti fu uno dei principali critici del modello luzzattiano di credito popolare: cfr. RAVÀ, *Lo Sviluppo del credito tra gli Operai*, in *Riv. ben. pubbl. ist. prev.*, 1875, XII, 1042 ss.; ID., *Le banche mutue popolari in Italia*, nella stessa *Rivista*, 1878, VI, 566 ss.), e delle quali RABBENO, *La cooperazione in Italia*, cit., 26 ss., lamentava l'inclusione nelle statistiche ufficiali delle Banche popolari da parte del MAIC, in quanto, a suo dire, ciò produceva una commistione di dati che, oltre a rendere difficile conoscere questo sottoinsieme di banche, i cui «nomi indicano una cosa sola», e cioè «che in questi istituti prevalgono gli operai», appariva non del tutto corretta in ragione del loro essere «molto più popolar[i] e molto più cooperativ[e]» delle “popolari”. In riflessioni di questo tipo, si ritrovano i germi di una questione, quella della potenziale contraddizione tra composizione sociale dell'azionariato, destinazione “popolare” del credito e perseguimento dello scopo mutualistico, di cruciale importanza ai fini dello studio dell'istituto “Banca popolare”, e sulla quale, pertanto, occorrerà ritornare diffusamente.

La Banca popolare di Milano, ad esempio, esordì con un limite di partecipazione al capitale molto elevato, pari a 50 azioni, e con un sistema di ripartizione degli utili che, sebbene contemplasse la destinazione del 20% di essi alla costituzione di un patrimonio di riserva che, in qualche modo, limitava il lucro immediato degli azionisti, ne attribuiva il 70% a quest'ultimi sotto forma di dividendi, ed il restante 10% ai dipendenti<sup>160</sup>. La raccolta di depositi era operazione ammessa anche tra i non soci, mentre i prestiti venivano concessi per un importo massimo raddoppiato al doppio del capitale conferito<sup>161</sup>. La gran parte delle altre Banche popolari che vennero fondate negli anni successivi, presero a riferimento questo schema, ovvero quello leggermente variato, ma sostanzialmente analogo, messo in pratica dalla Popolare di Cremona<sup>162</sup>.

Di fronte ai primi successi, spesso rapidi, talvolta improvvisi, e comunque solitamente notevoli, la direzione della gran parte delle neocomparse Banche popolari si trovò ben presto a dover decidere, come poco sopra si accennava, se continuare a seguire la stretta strada del credito mutuo, oppure assecondare, come oggi si direbbe, le "esigenze del mercato", ponendosi cioè nella direzione dell'irrobustimento e della crescita aziendale, favorendo l'ingresso di soci ben più facoltosi rispetto a semplici artigiani e piccoli commercianti, allargando tipologia, ammontare e beneficiari delle operazioni attive, e, in definitiva, acconsentendo a concentrazioni di capitali sempre maggiori in mano ai soci più benestanti. La gran parte degli istituti si orientò in quest'ultimo senso, come testimoniato da un processo di revisione dei primi statuti che, quasi ovunque, apparve innanzitutto caratterizzato da significativi aumenti dei limiti al possesso individuale di azioni<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> Su tutti questi aspetti cfr. il resoconto di POLSI, *Alle origini*, cit., 203.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

<sup>162</sup> A Cremona il limite della partecipazione sociale era stato fissato in 20 azioni, mentre l'utile che fosse residuo dopo il pagamento di un interesse garantito sulle azioni nella misura del 4%, sarebbe stato destinato per l'80% al pagamento di dividendi ai soci e per il 20% alla formazione della riserva. Anche a Cremona, la provvista veniva costituita tramite attività di raccolta anche presso i terzi, mentre per i prestiti si era stabilito un tetto massimo di L. 500, il quale, tendenzialmente, avrebbe dovuto favorire i più piccoli azionisti, diversamente da quanto avveniva a Milano, ove, viceversa, quel limite si sarebbe elevato a fronte di ogni incremento della partecipazione sociale.

<sup>163</sup> Cfr. ancora POLSI, *Alle origini*, cit., 207 ss.

Inaugurando una prassi che sarebbe poi rimasta tipica delle Banche popolari<sup>164</sup>, si procedette, dunque, nel senso di progressivi e significativi aumenti di capitale a pagamento, i quali, non solo, per intuitive ragioni, misero sostanzialmente da parte il principio della “porta aperta”<sup>165</sup>, ma consentirono altresì l’ingresso sempre più cospicuo di componenti nobili e borghesi nella compagine sociale delle Popolari<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> Nei cui statuti, infatti, si prese presto a distinguere tra aumenti di capitale ordinari, ossia connessi all’ammissione di nuovi soci, e aumenti straordinari, ossia precipuamente finalizzati al reperimento di nuovi mezzi finanziari, e tramite cui si procedeva sì a determinare una maggiore entità del capitale di rischio dell’impresa, ma senza contestuale incremento della compagine sociale: cfr., per i problemi che una tale prassi avrebbe in seguito sollevato, TRABUCCHI, *L’aumento di capitale nelle società cooperative*, in *Boll. Ass. Tecn. Banche Pop. It.*, 1964, 5 ss.; G. VISENTINI, *Assemblea straordinaria di banca popolare per l’aumento di capitale: diritto d’opzione e autorizzazione della Banca d’Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1976, I, 476 ss.; T. PADOA SCHIOPPA, *Il capitale proprio delle banche popolari tra cooptazione e mercato*, in *Riv. soc.*, 1986, 899 ss.; e BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010, 220, ove il rilievo dell’avvenuta “codificazione”, nel riformato testo dell’art. 2524, co. 2 e 3, c.c., e con riferimento, adesso, ad ogni specie di società cooperativa, della prassi dell’aumento di capitale a pagamento con diritto d’opzione a favore dei soci già nota al settore delle Banche popolari.

<sup>165</sup> Nota una subitanea tendenza verso una scarsa applicazione del principio della “porta aperta” nelle Banche popolari, ALBERICI, *Le cooperative di credito*, cit., 20. Conforme PECORARI, *Cooperazione di credito e banche popolari*, cit., 169, nel rilevare l’avvio di un processo di “chiusura” delle “grandi” Popolari atto a garantire il predominio del nucleo iniziale dei soci. Su tale questione cfr. anche FORTUNATO, *Le società cooperative di credito*, cit., 74 s., il quale riferisce di una infuocata discussione sorta in occasione dell’assemblea della Popolare di Milano nel dicembre 1871, ove alcuni azionisti manifestarono la preoccupazione che l’ingresso di nuovi soci potesse comportare una diminuzione del dividendo da pagare alle azioni. Alla fine, come chiarisce lo stesso Autore, «la richiesta limitazione fu respinta a grande maggioranza, perché parve a buon diritto, che la mira del più pingue dividendo si tradurrebbe in sostanza nell’escludere molta parte di popolo da’ benefici della cooperazione».

<sup>166</sup> Se si guarda alla suddivisione professionale ed alla estrazione sociale dei soci delle Banche popolari delle origini, ciò che emerge è una evidente sottorappresentazione – oltre che del mondo della campagna, contesto in cui operavano altre istituzioni più vicine ai bisogni propri dell’agricoltura (Casse rurali *in primis*) –, del lavoro salariato, avendo scelto le Popolari di fare dell’intreccio con la borghesia e con le élites locali la leva principale per giungere rapidamente alla fase di forte crescita che si sta ora considerando. Le statistiche prodotte dalla letteratura economica non lasciano dubbi al riguardo: cfr., tra i tanti, RAVÀ, *Le banche mutue*, cit., p. 569; e, nella produzione più recente, DE ROSA, *Le banche popolari nell’economia*, cit., 6; PETROVICH, *Luigi Luzzatti*, cit., 471 ss., 477 s.; PECORARI, *Cooperazione di credito e banche popolari*, cit., 165 ss., 173; ROTONDI, *Mercato e sviluppo economico*, cit., 57 ss. Al riguardo si vedano anche le osservazioni di DEGL’INNOCENTI, *Luigi Luzzatti*, cit., 443, il quale, nel chie-

E come l'esperienza insegna, man mano che il capitale aumenta, concentrandosi nelle mani di pochi soci, in seno all'organizzazione cooperativa si assiste al progressivo prevalere di certe *constituencies*, a scapito di altre che rimangono "dormienti", ed il potere di gestione di viene prerogativa di pochi amministratori, espressione diretta di quella parte del capitale interessata, e quindi particolarmente attiva, nel controllo dell'impresa<sup>167</sup>. Nella storia delle Banche popolari, l'avvio di questo processo ebbe importanti riflessi non solo sul piano dello scopo sociale, facendo di queste una fattispecie societaria in cui era indubbiamente presente un forte elemento di lucratività, ma anche sullo stesso loro codice organizzativo, che, proprio al fine di formalizzare il maggior peso di certi soci rispetto ad altri, venne talvolta alterato al punto tale da sconvolgere le stesse componenti basilari dell'ente di tipo cooperativo.

Sotto il primo profilo, nonostante si sia ben consci del fatto che, in astratto, non esista alcuna pregiudiziale incompatibilità tra mutualità e partecipazione di notabili locali, possidenti, professionisti, banchieri, nobili e borghesi al capitale di una Banca popolare<sup>168</sup>, in concreto, non

---

dersi se le Banche popolari costituirono davvero una iniziativa per «la piccola gente», nota come la pur innegabile presenza di una certa eterogeneità e frammentazione del corpo sociale, di per se stessa, fosse «tutt'altro che garanzia per un ridimensionamento del ruolo della grande proprietà». Adde POLSI, *Alle origini*, cit., 225, rilevando come l'allargamento delle basi delle Banche popolari avvenne tramite una «polarizzazione fra un certo numero di possessori di quantitativi ingenti, il massimo consentito, e una massa crescente di detentori di una, due azioni».

<sup>167</sup> Sul problema, specificamente attinente al suo *corporate governance life-cycle*, relativo alla tendenza della cooperativa a diventare, di fronte ad un significativo crescere delle proprie strutture aziendali, un'impresa *group-oriented*, con conseguente accentramento del potere decisionale in tecnostrutture manageriali particolarmente attente alle esigenze dei "grandi clienti", cfr., indicativamente, FONTEYNE, *Le banche cooperative in Europa. Questioni strategiche*, in *Coop. cred.*, 2007, 93 ss. (già pubblicato in lingua inglese col titolo *Cooperative Banks in Europe - Policy Issues*, nella serie IMF Working Paper No. 07/59); KRAMER, *Co-operative Development and Corporate Governance Structures in German Co-operatives: Problems and Perspectives*, Hochschule Wismar - Fakultät für Wirtschaftswissenschaften, Wismarer Diskussionspapiere No. 14/2006, reperibile all'indirizzo [www.wi.hs-wismar.de](http://www.wi.hs-wismar.de); e CORNFORTH, *Making sense of co-operative governance: Competing models and tensions*, in *95 Rev. Int'l. Co-op.* (2002), 51 ss.

<sup>168</sup> La cui presenza era, anzi, sotto certo aspetti assai utile: si pensi alla necessità di munire la società di amministratori sufficientemente competenti in fatto di commercio bancario, oppure all'importanza di aver accesso al risconto delle cambiali presso la



può non rilevarsi come il già descritto processo di accentramento del controllo in mano a tali componenti sociali, non potesse, ad un certo punto, non entrare in contraddizione rispetto agli scopi originari di istituzioni storicamente nate per fornire capitale monetario a quelle categorie produttive non in grado di trovare accesso al credito del sistema bancario<sup>169</sup>. È evidente, infatti, che non può esservi gestione di servizio a favore di chi a quel servizio non sia interessato (e di cui, anzi, non abbia neppure bisogno<sup>170</sup>), così come è anche naturale che, nel momento in cui il capitale delle Banche popolari si fosse concentrato nelle mani di soggetti che dei vantaggi che una gestione mutualistica può offrire non avevano appunto interesse a godere, la “purezza mutualistica” immaginata dal De Cesare fosse destinata a diventare una chimera<sup>171</sup>, do-

---

Banca nazionale, cosa che non poteva prescindere dalla fiducia che solamente certi personaggi erano in grado di ispirare: cfr. POLSI, *Alle origini*, cit., 232.

<sup>169</sup> Cfr., in questo senso, molto chiaramente VIRGILII, voce *Cooperazione*, cit., 808.

<sup>170</sup> «[L]e cooperative di credito hanno lo scopo di provvedere il capitale monetario a determinate categorie economiche che di questo capitale sono consumatrici; cioè a determinate categorie ma non a tutte, in quanto vengono escluse quelle che il capitale monetario possono ottenere da banche di credito ordinario, da Casse di Risparmio e da istituti speciali di credito industriale e agrario. Questo è un primo punto che deve essere tenuto sempre presente se non si voglia cadere in errore circa la valutazione dell'opportunità o meno della fondazione di cooperative di credito, le quali saranno sempre vitali allorquando corrisponderanno ad un bisogno veramente avvertito, altrimenti condurranno esistenza stentata e peggio ancora andranno soggette al *pericolo di deviare dagli scopi che sono loro propri*». Così TAMAGNINI, *Le Casse Rurali*, cit., 41, nel descrivere i principi generali della cooperazione di credito. Enfasi aggiunta.

<sup>171</sup> L'apertura al pubblico, ossia ai non soci, dei servizi delle Banche popolari fu, agli inizi, un tema assai dibattuto (DEGL'INNOCENTI, *Luigi Luzzatti*, cit., 442), anche perché, sul piano operativo, significava rinunciare al vantaggio informativo, insito nella forma cooperativa ed assai prezioso per la sicurezza della gestione, derivante dall'identità tra soci e mutuatari (CAFARO, *Banche popolari e casse rurali*, cit., 49), venuta meno la quale la Banca popolare sarebbe risultata esposta ai rischi di selezione avversa e azzardo morale tipici di ogni gestione bancaria “ordinaria”. Ben presto, tuttavia, l'eccedenza dei mezzi raccolti rispetto al fabbisogno di credito dei soci, fece dell'estensione dell'attività ai terzi una necessità quasi ineluttabile, trovandosi le Banche popolari a dover dare utile impiego a capitali che, altrimenti, sarebbero rimasti del tutto inerti e, quindi, improduttivi. Ciò, a parere di alcuni studiosi, fece perdere alle Popolari il proprio carattere mutualistico, rendendole null'altro che piccole banche locali. Nel corso del tempo, tuttavia, anche il collegamento col territorio si fece sempre più tenue, conducendo ad una definitiva perdita di quei vincoli personali su cui ogni forma di mutualità si basa, mutualità alla quale andò in effetti sostituendosi, in maniera sempre più marcata, la tendenza a favorire il rafforzamento delle strutture patrimoniali aziendali (ALBERICI, *Le cooperative di credito*, cit., 32). Ed è proprio all'esito del pro-

vendosi agli originari intenti non lucrativi della gestione di servizio giocoforza – se non sostituirsi, quanto meno – affiancarsi il lucro garantito da una gestione di resa che fosse capace di assicurare una remunerazione sufficiente ai cospicui capitali investiti in società<sup>172</sup>. E, per inciso, deve essere qui richiamata quella autorevole dottrina secondo cui il livello di lucratività delle Banche popolari non dipende tanto dal livello di remunerazione dell'investimento<sup>173</sup>, quanto dalla quantità stessa dell'investimento in essa consentito<sup>174</sup>, livello che, come si è visto, fu

---

cesso qui brevemente descritto che sarebbero poi state espresse valutazioni quali quelle di RODINO, *Memoria e progetto di legge sulle modificazioni da introdursi nel codice di commercio circa le società cooperative*, Roma, 1892, 36 ss., che, dall'osservazione della prassi quotidiana delle Banche popolari, traeva la convinzione che si trattasse di «società non aventi lo scopo della cooperazione»; ossia di società operanti alla stregua di qualsiasi altra banca, che, nel perseguimento di puri intenti di speculazione non dissimili da quelli di qualsiasi altra società di capitali, non riservavano alcun vantaggio ai propri soci rispetto ai terzi».

<sup>172</sup> Ed, anzi, il fatto stesso che una cospicua quantità di capitali di provenienza “borghese” confluisse nelle Banche popolari, potrebbe, già di per sé, essere considerato evidenza empirica sufficiente ad affermare che quei capitali riuscissero effettivamente ad ottenere un'adeguata remunerazione, essendo ragionevole assumere che, in caso contrario, essi avrebbero prescelto altri impieghi. Tuttavia, occorre al riguardo precisare che non era il solo dividendo d'esercizio a rendere l'investimento in azioni di Banca popolare particolarmente appetibile, dal momento che a ciò senza dubbio concorreva anche la sicurezza “di lungo periodo” che quello stesso investimento, grazie alla non esposizione alle oscillazioni di borsa dell'azione nominativa ed all'alta capitalizzazione degli utili in riserva, era, generalmente, in grado di garantire: cfr. POLSI, *Alle origini*, cit., 225.

<sup>173</sup> Che pur non fu certo irrilevante se, come risulta, la Popolare di Codogno, nei suoi primi dieci anni di esistenza, distribuì dividendi oscillanti intorno al 12%; se le azioni della Popolare di Milano, nel 1871-72, fruttarono dividendi di poco inferiori all'8% (che spesso si elevarono anche oltre il 10%); e se neppure mancarono picchi che ebbero quasi dell'incredibile, come, ad esempio, il 14% raggiunto dai dividendi distribuiti dalla Popolare di Piacenza nell'esercizio 1870 ed il 23% che fu pagato nel suo primo anno di vita dalla Popolare di Faenza nel 1867: «[I]auti dividendi, senza dubbio, per una istituzione, che rifugge dalla mania de' guadagni improvvisati, e che di piena volontà si preclude ogni adito alle speculazioni aleatorie!». Sono parole di FORTUNATO, *Le società cooperative di credito*, cit., 92. I dati sui dividendi sono invece tratti da POLSI, *Alle origini*, cit., 228. Sul punto cfr. pure i rilievi critici a suo tempo svolti da WOLFF, *Co-operative Banking. Its Principles and Practice*, London, 1907, 51 s.

<sup>174</sup> BASSI, *Art. 32*, in BELLI *et alt.* (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Vol. I, Bologna, 2003, 502; recentemente richiamato da CORVESE, *Art. 32*, in PORZIO *et alt.* (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 321, *ivi nota n. 12*.

sin dalle origini particolarmente significativo<sup>175</sup>.

Certo – lo si è già avvertito<sup>176</sup> – non può generalizzarsi, perché quelle appena descritte furono vicende che interessarono principalmente i grandi organismi, ove, come poco sopra si accennava, il processo di crescita impetuosa condusse spesso ad abbandonare anche le norme organizzative di impronta democratica e solidaristica tipiche della cooperazione, a tutto vantaggio di gruppi di azionisti oramai fortemente interessati all’investimento di capitale e, perciò, tendenzialmente interessati a “chiudere” la società ed a consolidare il proprio potere<sup>177</sup>. E così, in taluni casi si assistette all’abbandono del voto capitaro (Bologna, Chiavari, Faenza, La Spezia, Tortona), mentre talaltra volta la nomina ad amministratore venne subordinata alla titolarità di un certo quantitativo minimo elevato di azioni (Macerata), oppure si stabilì la riserva di diritto di un certo numero di seggi nel Cda a favore dei maggiori azionisti (Piacenza). Ci furono, infine, casi in cui, ad ulteriore testimonianza delle dinamiche oligarchizzanti avviatesi all’interno del movimento, venne abolito ogni limite al possesso azionario (Genova e Milano), ed altri ove, probabilmente al fine agevolare certe manovre di tipo speculativo, venne rinnegata la nominatività dell’azione (Asti), quasi che la mutualità potesse cedere al portatore<sup>178</sup>.

---

<sup>175</sup> POLSI, *Alle origini*, cit., 200, correttamente, rileva come, di fronte ad un valore medio di un’azione di Banca popolare pari a 50 lire, ed all’ulteriore onere di una niente affatto irrisoria tassa di ammissione, «già programmaticamente il riferimento fosse [da intendersi] all’“operaio” o “intraprendente” relativamente agiato». Ed, in effetti, la fissazione di limiti minimi al possesso azionario particolarmente elevati è stata, storicamente, connotazione propria della cooperazione orientata ai ceti medi: cfr. BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, cit., 25 ss.

<sup>176</sup> Cfr. *supra*, nota n. 158 e testo corrispondente.

<sup>177</sup> Osservava ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 228, come di ciò dessero conferma, anzitutto, «le istesse rappresentanze; basti [infatti] il confrontare i nomi che compongono i Consigli di amministrazione nei grandi e nei piccoli centri».

<sup>178</sup> Cfr., intorno a tutte queste vicende, POLSI, *Alle origini*, cit., 208 ss. Erano queste delle “trasformazioni” che, vigente il Codice di commercio del 1865, non trovavano ovviamente alcuna limitazione; né v’era sanzione di sorta che potesse essere comminata a società cooperative non realmente perseguenti uno scopo mutualistico, il quale era ancora ben lungi dal trovar espresso riconoscimento nell’ordinamento giuridico formale. L’unica misura allora astrattamente a disposizione degli apparati del controllo pubblico avrebbe potuto essere la revoca del privilegio delle anticipazioni su azioni proprie (*ivi*, 227, nota n. 76).

Complessivamente, dalla situazione fotografata da una statistica ministeriale sul credito popolare del 1876<sup>179</sup>, emergevano non pochi casi di istituti con azioni al portatore (o con entrambe le categorie di titoli), senza alcun limite alla partecipazione e con voto proporzionale; alcune Popolari si finanziavano emettendo obbligazioni, qualcuna (Milano) aveva le azioni quotate in borsa; i conferimenti erano remunerati secondo il sistema capitalistico dell'attribuzione del dividendo; l'acquisto della qualità di socio spesso non era condizionata al possesso di requisiti di sorta; le operazioni si facevano anche coi terzi<sup>180</sup>.

## 8. Un confronto con il modello della *Volksbank* tedesca delle origini

Il processo di crescita delle Banche popolari descritto nel paragrafo precedente e gli importanti risvolti organizzativi ed operativi che esso recò seco, furono elementi che, tutti insieme considerati, contribuirono alla nascita di un vero e proprio “caso italiano”, che vide una vasta schiera di studiosi, uomini politici, pubblicitari, etc., farsi convinti critici del modello di credito popolare che si stava affermando nel paese, ritenuto un'evidente negazione dei principi ispiratori della dottrina cooperativa di Schulze-Delitzsch, ai quali Luzzatti e i suoi amici pure dichiaravano di ispirarsi fedelmente.

V'è da dire, tuttavia, che i termini della questione non furono sempre impostati e trattati con sufficiente chiarezza. Alcune delle “accuse” rivolte alle Banche popolari, infatti, erano (almeno parzialmente) infondate, poiché, in verità, esse – se consapevolmente o meno è difficile dirlo – ignoravano (o fingevano di ignorare) che alcuni dei peculiari caratteri delle nuove istituzioni non erano affatto contrari, ed anzi puntualmente rispondevano, ai canoni su cui, a suo tempo, era stato eretto lo stesso prototipo tedesco della *Volksbank*, a difesa della cui purezza quelle critiche pretendevano di ergersi.

---

<sup>179</sup> La statistica fu curata dal MAIC ed accompagnata dalla relazione di LUZZATTI, *Relazione sulle condizioni economiche e morali delle banche mutue popolari italiane al 31 dicembre 1876*, pubblicata anche nel *Giornale degli economisti*, 1878, IV, 21 ss.

<sup>180</sup> Cfr., per questo quadro d'insieme, PIPITONE, *Le banche popolari dal Codice di commercio alla legislazione del 1948*, in *Cred. pop.*, 1996, 81; ID., *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, Roma, 1997, 9, ivi nota n. 2 e testo corrispondente.

Elemento di devianza non fu, innanzitutto, il carattere non effettivamente “popolare” della proprietà. La “banca popolare” – qui in minuscolo e tra virgolette perché da intendersi in senso generale, quale prima, concreta forma di realizzazione della cooperazione nel campo del credito – si presenta, come già si è avuto modo di notare<sup>181</sup>, come società tra “consumatori” di capitale monetario basata su di un capitale di esercizio in funzione di selezione della capacità di risparmio del socio. L’umile operaio di fabbrica<sup>182</sup>, spesso a malapena capace di procurarsi quanto necessario alla sopravvivenza propria e della sua famiglia, ne è, giocoforza, programmaticamente escluso: e ciò tanto in Germania<sup>183</sup>, quanto in Italia<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Cfr. *supra*, § 2, part. nota n. 21 e testo corrispondente.

<sup>182</sup> È qui forse il caso di precisare che la parola “operaio”, che a più riprese pur compare negli scritti dello Schulze, assumeva ivi l’ampio significato di lavoratore nel senso latino di *opus faciens*, e non già quello specifico di lavoratore manuale salariato prodotto dalla rivoluzione industriale: cfr. CAFARO, *Raiffeisen*, cit., XIV.

<sup>183</sup> Schulze-Delitzsch si era espresso in modo alquanto chiaro e diretto intorno a tale questione: «Le unioni di prestito, se vogliono avere lunga durata, non devono assolutamente confondersi cogli istituti di beneficenza, imperocchè non sono destinate a soccorrere i poveri, ma bensì a prevenire l’impoverimento, compito ben più importante. Finchè taluno col proprio lavoro è capace di provvedere all’esistenza, sia pur meschina di sè e della sua famiglia, si accolga nella società; ma tosto che una persona ha perduto quell’attitudine, deve reputarsi nei riguardi economici estinta, e ad essa deve provvedere la beneficenza pubblica o privata del cui ordinamento non ispetta a noi di trattare. Il miglior modo per osservare questo limite nell’accoglimento dei soci [...] consiste nell’imporre, come condizione di ammissione, certe contribuzioni mensili regolari da versarsi nella cassa dell’unione [quale] capitale necessario all’azienda» (SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 106). E può anzi rilevarsi, quale dato oggettivo, come i limiti minimi di partecipazione al capitale delle *Volksbanken* fossero, mediamente, ben più alti di quelli delle Banche popolari: lo riportava nelle sue statistiche DE CESARE, *Il sindacato governativo*, cit., anno II, 52, il quale, seppur scorgendovi una differenza «non sostanziale» tra le due esperienze, segnalava che il valore «delle azioni sociali è ordinariamente di lire 156 in Germania, e di sole 50 in Italia». Rispetto a questa constatazione del De Cesare, tuttavia, occorre considerare che nel momento in cui egli scriveva (1867), le Popolari italiane avevano fatto la loro comparsa da appena qualche anno, mentre il movimento dello Schulze era stato avviato circa un quindicennio prima. E si vedano, infatti, le opposte valutazioni che sarebbero state successivamente offerte da RAVÀ, *Le banche mutue*, cit., 569, nel 1878; e da ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 212, nel 1880, entrambi i quali, guardando al valore medio delle azioni possedute da ciascun socio in Germania ed in Italia, concludevano per il carattere decisamente “più popolare” dei sodalizi tedeschi. Comunque, la questione rimane – almeno in certa misura – controversa, specie ove si consideri che, negli anni a venire, altri osservatori, tra i quali, ad esempio, LABADESSA, *L’organizzazione cooperativa*, cit., 202,

Sotto il nome di “banca popolare” si celava, dunque, un modello economico nel quale l’aggettivo “popolare” giustapposto al termine banca non assunse mai – e né mai avrebbe potuto assumere – un significato equivalente a quello di “operaio”, in quanto della cooperazione operaia quel modello di banca era lungi dall’essere – né era mai stato concepito per essere – strumento di realizzazione<sup>185</sup>. La pretesa di voler

---

nel confrontare i due modelli, sarebbero tornati nuovamente a sostenere che «[l]a Banca popolare promossa dal Luzzatti ha quote sociali più modeste che non quelle delle banche tedesche dello Schulze». In argomento, cfr. pure i rilievi di WOLFF, *Cooperative Banking*, cit., 54 ss.

<sup>184</sup> Cfr. la ragionata digressione di CAFARO, *La solidarietà efficiente*, cit., 17 ss. Anche Luzzatti, in effetti, sulla scia dello Schulze, aveva sostenuto che «[i]l credito bisogna meritarlo, chi possiede nella sua fortuna la garanzia di restituire le somme tolte a prestito, l’ottiene; i poveri non lo meritano, perchè non potrebbero dare in ipoteca che il loro lavoro, il loro onore; ora il commercio non conosce questa ipoteca; la legge, non l’ha mai contemplata» (LUZZATTI, *La diffusione del credito*, cit., 49). Il che equivaleva a dire, come fu notato da RABBENO, *La cooperazione in Italia*, cit., 23, citando un discorso attribuito allo stesso Luzzatti, che gli «operai salariati [...] non hanno «nè l’occasione, nè l’opportunità di ricorrere al credito [delle Banche popolari]»». E nonostante il fatto che, in verità, Luzzatti avesse inizialmente immaginato un piano di realizzazione del “credito popolare” a due velocità, invitando, da un lato, chi già ne avesse le capacità ed i mezzi a replicare anche in Italia l’esperienza della *Volksbank schulziana*, e sollecitando, dall’altro lato, la diffusione dell’istituto del prestito d’onore in seno alle società operaie di mutuo soccorso quale verosimile strumento di diffusione del credito anche tra i lavoratori più poveri (LUZZATTI, *op. ult. cit.*, 114, 122 ss.) – cosa che in effetti avvenne, essendosi dati numerosi casi di società mutue che decisero di istituire al loro interno una “sezione bancaria” per il credito ai soci (ZANGHERI, *Nascita e primi sviluppi*, cit., 29 ss.) –, forti si levarono le critiche dei sostenitori del c.d. credito sul lavoro, e tra questi, in particolare, di Vincenzo Boldrini, il quale accusava il progetto luzzattiano di essere assai lontano dal poter soddisfare i bisogni delle classi più umili. Sui termini di quel dibattito, il quale, *mutatis mutandis*, sembrava riprodurre in Italia lo scontro tra Schulze e Lassalle, cfr. LUZZATTI, *Introduzione a SCHULZE-DELITZSCH, Delle Unioni di credito*, cit., 23 ss.; ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 192 ss.; MARTUSCELLI, *Le società*, cit., 312; nonché RAVÀ, *Lo Sviluppo del credito*, cit., 1044 ss., il quale, con la sua idea di “Banca operaia”, sembrava, in certo qual modo, volersi collocare a metà strada tra Boldrini e Luzzatti; e TORRIGIANI, *Delle banche popolari*, cit., 488, che proponeva una soluzione ancora diversa per garantire l’effettivo coinvolgimento dei lavoratori salariati, ossia quella della loro previa associazione in cooperative di consumo quale strumento che, grazie al risparmio di spesa derivante dall’eliminazione del commerciante speculatore, avrebbe permesso loro di sottrarre alle spese quotidiane relative ai beni essenziali alla loro sopravvivenza, quella «piccola moneta» necessaria per diventare soci di una Banca popolare.

<sup>185</sup> Cfr., da ultimo, BELVISO, *Scopo mutualistico*, cit., 4. Ulteriore conferma si ricava, dal resto, dalle vivide riflessioni a suo tempo svolte da RABBENO, *La cooperazione in Italia*, cit., 23 ss., allorché l’illustre studioso faceva notare che «le banche popo-

*tout court* negare la natura cooperativa delle Banche popolari in ragione della composizione “borghese” della loro proprietà, fu, piuttosto, diretta conseguenza della dominante concezione dell’epoca, la quale – col sostegno tanto degli economisti<sup>186</sup>, quanto dei giuristi<sup>187</sup> – reputava “vera” cooperazione solamente quella diretta a recar esclusivo vantaggio alle classi operaie, ma che, come noto, sarebbe poi stata abbandonata nel corso del tempo a favore di una più elaborata e sviluppata dottrina economica nella quale si presentano come cooperative “apparenti” solo quelle che, sotto il nome e la forma cooperativa, mascherano finalità speculative<sup>188</sup>.

Neppure contraria ai principi schulziani fu, in secondo luogo, l’estensione dell’attività di raccolta di depositi anche presso i non soci. Infatti, benché in ciò si sia talvolta ritenuto di riscontrare un’ulteriore rottura nello schema della mutualità<sup>189</sup>, anche la *Volksbank* era in verità nata con l’idea di diventare, quanto prima possibile, una “cassa di risparmio perfezionata”<sup>190</sup>. Ed anche sotto quest’aspetto, del resto, v’è

---

lari non hanno addimosttrato nemmeno un altro dei caratteri tipici delle vere cooperative popolari. Non hanno, in generale, dimosttrato molta simpatia o molto interesse, e tanto meno poi hanno molto di frequente incoraggiata ed ajutata la costituzione di società cooperative di altre forme, nè hanno porto loro appoggio, per svilupparsi, una volta costituite. [...] Gli è, che banche popolari e [...] cooperative di consumo eran [...], a nostro credere, istituti quasi antitetici fra loro. Le prime, composte di borghesi, e provvedenti ai bisogni di questi, e particolarmente a quelli dei piccoli commercianti; le seconde, o composte prevalentemente di operai, od almeno aventi per iscopo immediato di migliorare le condizioni di questi, diminuendo i prezzi e migliorando la qualità dei generi di prima necessità, ciò che, si capisce, non doveva certo far piacere ai piccoli commercianti. Siamo giusti: come era mai possibile che queste due istituzioni potessero sorgere di buon accordo, parallelamente: come era possibile che l’una ajutasse l’altra? Era naturalissimo anzi che il felice sviluppo dell’una forma riuscisse d’ostacolo al diffondersi dell’altra; e non saremmo alieni dall’asserire infatti che lo sviluppo delle banche popolari abbia ostacolato ed arrestato, almeno indirettamente, quello delle cooperative di consumo».

<sup>186</sup> Cfr. ancora RABBENO, *La cooperazione in Italia*, cit., 23.

<sup>187</sup> RODINO, *Memoria e progetto di legge*, cit., 25 ss., 34 ss. (il quale, tuttavia, avrebbe in seguito cambiato idea: cfr. il suo scritto citato alla nota successiva).

<sup>188</sup> Cfr. TAMAGNINI, *Cooperazione di credito*, cit., 220; RODINO, *Dei pericoli minacciati alle Banche popolari e a ogni forma di società cooperativa dai nuovi progetti di revisione del codice di commercio (1895)*, Roma, 1895, 22 ss.

<sup>189</sup> Così POLSI, *Alle origini*, cit., 204.

<sup>190</sup> Cfr. quanto già osservato *supra*, §§ 3 e 6, ivi alle note nn. 44 e 140 rispettivamente. Può qui aggiungersi come lo Schulze avesse anzi dettato precise istruzioni affinché le *Volksbanken* potessero riuscire vittoriose nella concorrenza da farsi alle *Spar-*

un'importante precisazione di teoria economica da farsi, essendo fatto oramai da molto tempo acquisito – invero anche al pensiero giuridico – quello del carattere solamente parziale della funzione “anti-intermediaria” spiegata da qualsiasi specie d'impresa di tipo cooperativo<sup>191</sup>.

E, ancora, sconfessione del genotipo tedesco non fu neppure l'estensione delle operazioni attive anche ai non soci, possibilità espressamente ammessa anche in Germania<sup>192</sup>; sicché può anzi dirsi che la “banca popolare” fu, sin dalle sue origini, manifestazione di una cooperazione “spuria” in cui l'elemento speculativo non fu mai del tutto assente<sup>193</sup>. Ciò, del resto, è ulteriormente confermato dall'assenza del ri-

---

*kassen*, le quali avevano dalla loro il tutt'altro che trascurabile vantaggio della sicurezza che, in ragione della proprietà pubblica e della loro conseguente qualificazione giuridica in termini di *Anstalten*, riuscivano ad offrire ai depositanti: cfr. SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 138, ove il consiglio fu quello di realizzare tale concorrenza tramite l'offerta di maggiori interessi sui depositi da raccogliersi tra il pubblico.

<sup>191</sup> Su tale questione cfr., anche per ulteriori riferimenti di letteratura (anche) straniera, BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, cit., 19, il quale, esemplificando, precisa che «nella cooperativa di consumo, [tale carattere] riguarda [...] unicamente il rapporto di “sfruttamento” dell'impresa ordinaria verso i consumatori, ma non, ad esempio, verso i produttori o eventuali dipendenti e, in quelle di lavoro, verso i dipendenti, ma non verso i consumatori. Con il risultato che mentre, da un lato, la valenza dei principi [cooperativi] tende[...] a vietare o, comunque, a comprimere l'attività di intermediazione con i c.d. terzi, ossia con i consumatori (nelle cooperative di consumo) e i lavoratori (nelle cooperative di lavoro) non appartenenti alla compagine sociale [...], dall'altro, vi [è] un vasto campo dell'attività d'impresa dell'istituto del tutto identica nel suo esplicarsi a quella di qualsiasi altra impresa». E ciò, ovviamente, non potrebbe non valere, *mutatis mutandis*, anche per le cooperative di credito. Del resto, per rimanere nel contesto della riflessione giuridica italiana, l'idea secondo cui «da qualunque occasione le società cooperative siano sorte, la loro comune ragione di essere sta nello scopo di sopprimere gli intermediari costosi per mettersi al loro posto, onde compiere la stessa funzione nell'interesse di coloro che ne abbisognano [...] perché se la cooperativa sorge spesso per combattere gli intermediari, non si può dire che li elimini, dacché è un intermediario anche essa, che ha il merito di sostituire una catena complicata e costosa di altri intermediari, ma non li sopprime tutti, perchè altrimenti dovrebbe sopprimere se stessa», si ritrovava già in VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Vol. II, Torino, 1912, 490, 496 nota n. 9. Enfasi aggiunta.

<sup>192</sup> Cfr. *supra*, § 3, nota n. 63 e testo corrispondente.

<sup>193</sup> Sul punto deve tuttavia precisarsi che in Germania, a differenza di quanto avvenne in Italia, era stato sin da subito professato – dallo stesso Schulze *in primis* – il carattere necessariamente strumentale o accessorio che l'attività coi terzi avrebbe dovuto mantenere rispetto all'attività a favore dei soci. In verità, stando alla già richiama-



storno, la qual cosa, ancora una volta, non costituì un'extravaganza italiana, poiché, l'impiego di questo "istituto", diretto a restituire al socio quella parte di utile ottenuto con l'attività mutualistica e dal quale esula ogni idea di remunerazione del capitale conferito<sup>194</sup>, era stato già a-

---

ta relazione del ministro Finali (cfr. *supra*, nota n. 148), ed a quanto riportato da alcuni tra i più attivi sostenitori del progetto luzzattiano (cfr., ad esempio, FORTUNATO, *Le società cooperative di credito*, cit., 53), pare che anche gli statuti delle prime Popolari italiane disponessero nel senso della preferenza da accordarsi all'attività con i soci, anche se al riguardo occorrerebbe poi verificare quanto in concreto vincolanti risultassero previsioni di questo tipo, le quali, peraltro, sono talvolta apparse come formulate in modo alquanto vago agli occhi della più attenta dottrina (cfr. BELLI - BROZZETTI, voce *Banche popolari*, cit., 166), mentre, per taluni altri casi, ne è certa, secondo le notizie che si ricavano dalle trattazioni dei più attenti osservatori dell'epoca, la totale assenza negli statuti di molte altre banche (cfr. MARTUSCELLI, *Le società*, cit., 315). Ad ogni modo, in mancanza di un concreto riscontro empirico che dimostri il contrario, l'obiezione circa la scarsa vincolatività delle norme statutarie sulla gestione di servizio al socio, potrebbe astrattamente valere anche per l'esperienza tedesca, per la quale, tuttavia, deve rilevarsi come l'avvenuta codificazione, sin a partire dalla legge prussiana del 1867-8, di una chiara ed univoca definizione dello scopo mutualistico in termini di attività da indirizzarsi ad un fine di "promozione" diretta delle economie dei soci (cfr. *infra*, nota n. 254 e testo corrispondente), rese agevole fare di quel principio di strumentalità dell'attività coi terzi una regola a legittimazione positiva, la quale costituisce ancora oggi uno dei principi fondamentali del diritto cooperativo tedesco: cfr. MÜNKNER, *Co-operative Principles*, cit., 36 ss.; BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*, cit., 181; DABORMIDA, *Le legislazioni cooperative nei paesi della comunità europea*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, 469, 472. Fu solo con la legge imperiale del 1 maggio 1889 che si vietò alle *Kreditgenossenschaften* di svolgere operazioni con terzi (§ 8 Abs. 2 GenG 1889), anche se, occorre aggiungere, in verità, tale divieto, oltre ad essere stato in seguito anche formalmente eliminato ad opera della novella del 1973 (sulla quale cfr. BOTTERI, *Modifiche alla legge sulle cooperative della Repubblica Federale Tedesca*, in *Riv. soc.*, 1974, 309 ss.), apparve sin da subito sostanzialmente formulato in maniera tutt'altro che rigorosa, posto che la legge (§ 8 Abs. 3 GenG 1889) consentiva la concessione di prestiti anche agli "aderenti" («*Personen, welche bereits die Erklärung des Beitritts zur Genossenschaft unterzeichnet haben und von derselben zugelassen sind*»), i quali venivano in questo modo praticamente equiparati ai soci, pur non essendo tenuti ad alcun effettivo conferimento iniziale di capitale, né essendo dalla legge prevista alcuna specifica sanzione per l'ipotesi in cui la qualità di socio non venisse poi effettivamente conseguita; e, in secondo luogo, dichiarava (§ 8 Abs. 2 GenG 1889) non ricompresi nel divieto di operazioni coi terzi i prestiti che avessero avuto per fine il collocamento delle giacenze in denaro («*Darlehensgewährungen, welche nur die Anlegung von Geldbeständen bezwecken*»): cfr., intorno a tali vicende, GOLDSCHMIDT, *Le società cooperative*, cit., 437 ss.; BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, cit., 31, ivi nota n. 52.

<sup>194</sup> Sul ristorno cfr., tra gli altri, VERRUCOLI, *La società cooperativa*, cit., 72 ss.; BUCCI, *Utili e ristorni*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 402 ss.; BASSI, *Dividendi e ristorni nelle società cooperative*, Milano, 1979; BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., 35

pertamente rifiutato da Schulze, per il quale, viceversa, quello della remunerazione dell'investimento in società era un tema di assoluta importanza al fine di stimolare l'accrescimento del capitale e, quindi, dell'operatività delle sue unioni di credito<sup>195</sup>.

---

ss.; ID., *Il ristorno*, in SALANI (a cura di), *Nuove lezioni cooperative*, Bologna, 2009, 139 ss.; M.C. TATARANO, *La nuova impresa cooperativa*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2011, 97 ss., 526 ss.; e AGSTNER, *Il diritto al ristorno tra resistenza legislativa e prospettive di riforma*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Torino, 2011, 310 ss. Sulla importanza del ristorno quale essenziale elemento di differenziazione delle cooperative dalle imprese capitalistiche, cfr. anche HIRSCHFELD, *Che cosa è una cooperativa*, in *Riv. coop.*, 1954, p. 759.

<sup>195</sup> Si rileggano, al riguardo, le inequivocabili parole di SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 178 ss., già riportate *supra*, § 3, in nota n. 57. Sull'assenza del ristorno nelle *Volksbanken* schulziane, cfr. anche WOLFF, *Co-operative Banking*, cit., 52 s.; e, di recente, E.C. COLOMBO, *Radici*, cit., 24 s. Con riguardo alla situazione italiana di quegli anni, deve peraltro segnalarsi come quella del ristorno fosse, anche con riguardo ad altri settori della cooperazione, una prassi lungi dal potersi definire definitivamente accettata e consolidata. Quello dell'epoca era, infatti, un quadro alquanto eterogeneo, in cui ad esperienze molto avanzate, quali quelle di talune cooperative di consumo che addirittura già praticavano una mutualità anche "esterna" – la quale, come noto, avrebbe successivamente costituito uno dei cardini del progetto di riforma vivanziano del 1895-6 (cfr. BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, cit., 53 ss.) e della legislazione sugli appalti alle cooperative (cfr. *infra*, note nn. 226 e 264) –, se ne affiancavano altre, specie nel settore della cooperazione di produzione, ove, tutto all'opposto, «gli utili netti non [erano] divisi fra il capitale e la mano d'opera, ma [erano] invece riservati esclusivamente al capitale», perciò «confond[endosi] con le Società industriali ordinarie» (DE CESARE, *Il sindacato governativo*, cit., anno II, 53 ss.), ed alle quali, in effetti, dure critiche furono rivolte da parte dei più autorevoli studiosi del tempo. Cfr., ad esempio, il giudizio tutt'altro che positivo espresso al riguardo da RABBENO, *La cooperazione in Italia*, cit., 103 ss. Nel valutare la questione del ristorno quale strumento, per dir così, di misurazione economica del grado di mutualità realmente praticato, insomma, non può prescindersi dal fatto di star qui facendo riferimento ad un periodo storico nel quale, come è stato da qualcuno giustamente sottolineato, la cooperazione italiana presentava un carattere ancora profondamente immaturo rispetto a molte questioni teoriche e pratiche di assoluto rilievo (ZANGHERI, *Nascita e primi sviluppi*, cit., 62). Peraltro, sempre in chiave storica, è interessante notare come, in Germania, Schulze avesse escluso l'opportunità di ricorrere all'istituto del ristorno solamente per il settore delle *Volksbanken*, riconoscendone, invece, la somma utilità – ed anzi direttamente promuovendone l'impiego – nell'ambito di cooperative di altro tipo, specie in quelle di consumo; ciò che, seppur indirettamente, costituisce un'ulteriore conferma della centralità dell'elemento dell'accumulazione del capitale nella realizzazione del progetto del credito popolare: cfr. ancora SCHULZE-DELITZSCH, *op. loc. ult. cit.*

Sicché, per segnalare un ultimo aspetto, potrebbe sostenersi che neppure la natura di “grandi” organismi (di alcune) delle Popolari italiane rappresentò, in fondo, un’anomalia, ciò rispondendo piuttosto, per così dire, ad una visione imprenditoriale nella quale, ancora una volta già in prospettiva programmatica, la “banca popolare” non fu mai concepita per essere e rimanere, in ragione dei vincoli che uno stretto rispetto del principio di mutualità le avrebbe imposto, un intermediario di rilievo marginale, avendo, tutto al contrario, e sin da subito, gli interpreti di quel progetto prestato massima considerazione alle esigenze della crescita aziendale quale passaggio necessario per poter arrivare a competere su mercati non necessariamente locali con le altre specie di imprese bancarie<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> Sulla progressiva perdita del carattere di banche locali da parte delle Popolari italiane in conseguenza del loro rapido ed impetuoso processo di crescita, cfr. gli Autori ed i luoghi già citati *supra*, in nota n. 169. Sulla configurazione della stessa *Volksbank* tedesca quale intermediario finanziario tendente a favorire la crescita delle strutture aziendali e ad estendere la propria operatività territoriale, cfr., invece, § 3, part. nota n. 65 e testo corrispondente. Quale importante elemento di differenziazione tra le due esperienze, tuttavia, v’è da segnalare come la maggiore integrazione istituzionale e organizzativa del circuito del credito cooperativo tedesco, conseguita grazie ad una struttura verticistica costruita su di un istituto centrale operante fin dal 1864 e da vari istituti centrali regionali (cfr. *supra*, § 3, nota n. 70 e testo corrispondente), abbia permesso di determinare una sostanziale assenza di concorrenza all’interno del settore, il quale è venuto spontaneamente organizzandosi intorno al “principio di regionalità” (*Regionalprinzip*). Tale principio, pur non essendo imposto dalla legge bancaria, la quale non stabilisce alcun limite di sorta alla competenza territoriale delle banche cooperative, trova comunque la sua sanzione negli statuti, sul cui rispetto insiste l’attività di revisione assai efficacemente svolta dalle federazioni di settore, attente nell’impedire ogni sovrapposizione tra le zone di competenze delle singole banche: cfr. DI CAPUA, *Il sistema bancario tedesco*, cit., 21, 81; ARMBRUSTER - ARZBACH, *El Sector Financiero Cooperativo de Alemania*, San José, 2009, 10; BIASIN, *Il circuito delle banche di credito cooperativo tedesco: relazioni istituzionali e aspetti economici*, in *Coop. cred.*, 1999, 335 ss.; ID., *Le Banche di Credito Cooperativo tedesche*, in *Coop. cred.*, 2002, 265 ss.; CRESPI, *Germania e Austria*, in DE ANGELI (a cura di), *Il credito popolare in alcune significative realtà straniere*, Milano, 2008, 56. Il che, mentre da un lato dà conferma della dimensione non puramente locale del mercato di riferimento delle banche cooperative tedesche, dall’altro permette di cogliere un’importante differenza con l’esperienza italiana, ove, per tutta una serie di ragioni (sulle quali cfr., tra i tanti, PECORARI, *Cooperazione di credito e banche popolari*, cit., 169 s.; E.C. COLOMBO, *Radici*, cit., 23), i tentativi – che pur furono a più riprese avviati da Luzzatti – di promuovere una maggiore aggregazione all’interno del movimento, fallirono uno dietro l’altro, facendo sì che i singoli istituti (specialmente a cagione della ritrosia manifestata dalle maggiori Popolari attive nel Nord del paese) rimanessero liberi da ogni forma di limitazione e controllo

**9. (segue) Il “vizio d’origine” delle Banche popolari italiane: il difficile connubio tra scopo mutualistico e forma di anonima per azioni a responsabilità limitata e le implicazioni politiche sottese a tale scelta sulla strada che porta al Codice di commercio del 1882**

Un’attività di raccolta dei depositi presso il pubblico indifferenziato, la concessione di prestiti anche a favore dei non soci, la presenza di quote di capitale di importo elevato individualmente detenibili da ciascun socio, la remunerazione dell’investimento tramite cospicui dividendi, sono tutti elementi che, unitamente considerati, potrebbero far apparire possibile sostenere che, in fondo, non vi fosse alcuna differenza di rilievo tra Banche popolari e qualsiasi altra società azionaria con scopo lucrativo. Senonché, neppure questa conclusione basterebbe, in verità, a comprendere se vi fu – e quale eventualmente fu – un elemento di vera “rottura” che, sin dalla loro comparsa nel paese, portò le Banche popolari italiane a meritare l’accusa di aver tradito i più profondi ideali del progetto schulziano, dal momento che, alla luce di quanto si è avuto modo di osservare sin ora, sembrerebbe che anche la stessa *Volksbank* ideata dal padre della cooperazione tedesca fosse ammessa ad operare (anche) con i terzi ed a distribuire i relativi utili come qualunque altra impresa commerciale. Per giunta, giungere frettolosamente ad una tale conclusione significherebbe non considerare come, in verità, la stessa letteratura tedesca abbia talvolta rilevato una «pericolosa vicinanza» della creatura schulziana alla società per azioni<sup>197</sup>, esprimendo così una valutazione che trova ora eco anche nella più recente storiografia economica italiana<sup>198</sup>.

---

interno allo stesso movimento circa la gamma ed il raggio territoriale delle loro operazioni.

<sup>197</sup> SCHADE, *Die Genossenschaft von Schulze-Delitzsch und ihre gefährvolle Nähe zur Aktiengesellschaft*, in AA.VV., *Hermann Schulze-Delitzsch*, cit., 76 ss.

<sup>198</sup> Cfr., ad esempio, E.C. COLOMBO, *Radici*, cit., 24 s., il quale nella *Volksbank* schulziana ha scorto un modello di cooperativa che si muoveva all’interno di «un “limbo” compromissorio di società di persone che però si avvaleva anche degli strumenti delle società di capitali»; un giudizio, questo, che, nel pensiero dello stesso Autore, si giustifica soprattutto a cagione «di quel capitale “versato” e potenzialmente fruttifero che richiamava le società ordinarie». Ed è chiaro come valutazioni di questo tipo siano destinate a divenire ancor più nette ove il modello della *Volksbank* venga letto in controluce con quello della cassa raiffeiseniana (cfr. *supra*, § 4), in cui la presenza di quote di capitale puramente ideali, l’attività sociale circoscritta alla sola ristretta cerchia dei soci e la totale patrimonializzazione dell’utile di esercizio in una riserva diretta a costi-

Eppure un elemento di evidente rottura, capace cioè di innescare dinamiche di sviluppo che si rivelarono tali da condurre – alla fine e per così dire – le ragioni della “proprietà” a prevalere su quelle del “servizio”, vi fu, e venne in effetti individuato da coloro che del progetto del credito popolare di Luzzatti furono tra i più convinti critici – come Francesco Viganò e, soprattutto, Alessandro Rossi –, i quali ritennero anzi di scorgervi il vero e proprio «vizio d’origine» delle Banche popolari italiane<sup>199</sup>: tale elemento di rottura venne individuato nella scelta dell’introduzione, sul piano giuridico, della forma dell’anonima per azioni e, con essa, del sistema della responsabilità limitata<sup>200</sup>.

Sebbene Luzzatti avesse tentato di giustificare questa deviazione dal modello schulziano ricorrendo a motivazioni di tipo quasi antropologico, sostenendo cioè che il principio della responsabilità illimitata fosse ripugnante all’indole delle genti latine<sup>201</sup>, non v’è dubbio che si

---

tuire una indivisibile “proprietà cooperativa” (cfr. PRINZ, *German Rural Cooperatives, Friedrich-Wilhelm Raiffeisen and the Organization of Trust (1850-1914)*, XIII IEHA Congress Buenos Aires, July 2002, (s.p., ma) 10 ss.; LEONARDI, *Italian credit cooperatives between expansion and retrenchment (1883-1945)*, XIV IEHC, Helsinki, 21-25 August 2006, 10), non potevano non far apparire «blandi» i riferimenti mutualistici contenuti nel progetto di Schulze, le cui società non sembravano, pertanto, «disco-  
sta[rsi] sostanzialmente dalle società d’altra natura» (CAFARO, *Raiffeisen*, cit., XVII).

<sup>199</sup> Cfr. DEGL’INNOCENTI, *Luigi Luzzatti*, cit., 441, ove gli opportuni riferimenti.

<sup>200</sup> Cfr. *supra*, note nn. 116-117 e testo corrispondente.

<sup>201</sup> Cfr. LUZZATTI, *Introduzione* a SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 35, ove, dopo aver riferito circa la polemica insorta coi sostenitori del credito sul lavoro (cfr. *supra* nota n. 182), il massimo promotore del credito popolare rilevava: «Un altro difetto e di un ordine affatto opposto alle obiezioni del Boldrini [...] si rimproverava alle banche mutue popolari, quando per la prima volta sorsero a Lodi, a Milano ed in altre città della Lombardia, ed era quello di non serbarsi abbastanza ligie alle norme germaniche della mutualità: onde, mentre io e i miei amici ci adoperavamo con infaticabile costanza a propugnare il concetto di Schulze-Delitzsch, eravamo incolpati con poca benevolenza di travestirlo. Le nostre istituzioni differiscono dall’ordinamento germanico soltanto rispetto alla solidarietà, giacchè mentre nelle banche popolari tedesche la responsabilità dei soci è illimitata, da noi invece è limitata soltanto fino alla concorrenza delle azioni sottoscritte [...]. Noi [...] negavamo recisamente che senza [la solidarietà] la corrente dei depositi si sarebbe arrestata alle soglie delle nostre banche, mentre poi dall’altro canto la responsabilità illimitata ripugnava alle abitudini ed alla educazione del nostro popolo, che, piuttosto di accollarsela, si sarebbe astenuto dall’isciversi alla fratellanza popolare». Ma, già intorno a questa idea che l’associazione cooperativa a responsabilità illimitata fosse contraria al genio latino (la si veda riproposta, in termini ancor più espliciti, in ID., *Relazione sulle condizioni economiche e morali*, cit., 21 ss.), si levavano schiette le critiche di ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 47, il quale, ritenendo di poter trarre dai fatti della storia un insegnamento

trattò una scelta diretta a potenziare, nella maniera più spedita possibile, la capacità di raccolta del capitale di rischio dei nuovi istituti<sup>202</sup>, in modo da favorire un'ampia partecipazione delle più agiate componenti borghesi e capitalistiche<sup>203</sup>. Ciò, a sua volta, appariva strumentale alla realizzazione di un progetto di natura tutta politica, il quale, complici le già descritte vicende che caratterizzarono il complesso processo di evoluzione statutaria degli istituti negli anni '60 e '70<sup>204</sup>, andò tuttavia realizzandosi attraverso concrete formule applicative che si posero ben al di là di quanto gli stessi promotori del credito popolare andassero professando<sup>205</sup>, rendendo così di fatto irreplicabili alcuni accorgimenti

---

esattamente opposto a quello di Luzzatti, così tentava di confutare gli argomenti dell'avversario: «È singolare a prima vista che la schiatta teutonica, il cui passato storico è la personificazione dell'individualismo il più accentuato sia nelle lettere che nelle arti, tanto nella religione che nella filosofia, ci offra oggi il più perfetto modello, nelle sue associazioni cooperative, di quello spirito solidale e collettivo, che parrebbe dovesse essere dote esclusiva delle schiatte latine, abituate da secoli a piegarsi sotto il giogo della Roma dei Cesari, ed educate di poi allo spirito accentratore, cui s'informò il governo della Chiesa, nonchè la politica degli Stati da essa particolarmente influenzati e sorretti, come furono appunto l'Italia e la Francia, per tacere di altri: tuttavia il principio solidale della cooperazione tedesca non trovò finora in essi il terreno acconcio che ha potuto trovare nell'odierna Germania».

<sup>202</sup> Cfr., sul punto, i rilievi di ALBERICI, *Le cooperative di credito*, cit., 31, per il quale non v'è dubbio alcuno che l'elemento della responsabilità limitata dei soci giocò un ruolo appunto decisivo nel permettere alle Popolari di raggiungere solertemente dimensioni mediamente maggiori rispetto alle Casse rurali, le quali, viceversa, nella responsabilità illimitata trovavano un significativo vincolo alla propria crescita. In termini identici, più di recente, anche BRESOLIN, *Le Banche popolari nell'età repubblicana*, in PECORARI (a cura di), *Le banche popolari nella storia d'Italia*, cit., 125.

<sup>203</sup> Esplicito, al riguardo, RAVÀ, *Lo Sviluppo del credito*, cit., 1044, nell'osservare come l'assenza della «responsabilità illimitata dei membri che formano la Banca», e il loro essere, a differenza di quanto previsto nelle unioni tedesche, «azionisti, non soci», avesse permesso che «ad istituire le nostre Banche popolari [concorressero] tutte le classi della cittadinanza»; sicché, constatava conclusivamente l'Autore, «insieme all'umile operaio noi troviamo, fra gli azionisti, banchieri e capitalisti di prim'ordine».

<sup>204</sup> Le quali, ad un certo momento, come nota CAFARO, *La solidarietà efficiente*, cit., 35, resero agevole, «in quel contesto, da parte di chi era mosso da ideali di solidarietà più elevati, rivolgere al Luzzatti l'accusa di essere più interessato alle sorti dei propri istituti, o, peggio ancora, a quelle delle classi sociali che rapidamente ne avevano egemonizzato i vertici, piuttosto che ai ceti più deboli all'interno del sistema economico».

<sup>205</sup> Cfr., ad esempio, quanto proclamava FORTUNATO, *Le società cooperative di credito*, cit., 38 s., secondo il quale motivazioni sinceramente filantropiche avrebbero condotto uomini capaci, disinteressati e volenterosi ad attivarsi perché le Banche popolari fossero fondate «dagli industriali associati a' modesti operai, da' proprietari acco-

di democraticità (anzitutto economica) insiti nel tipo schulziano<sup>206</sup>, i quali, nonostante le similari ambizioni di crescita del movimento del credito popolare di Germania, erano ivi risultati in grado di meglio contenere la potenziale contraddizione tra la necessità di assicurare un resa adeguata agli ingenti capitali investiti in società e l'originario intento mutualistico delle *Volksbanken*<sup>207</sup>.

Occorre qui procedere pazientemente e con sommo ordine, al fine di cogliere l'esatta portata di una questione che, invero, non sempre venne affrontata con la dovuta chiarezza nelle discussioni dell'epoca, rendendo perciò talvolta confuso il modo in cui essa è stata in seguito trattata dagli storici dell'economia; mentre, quanto alla letteratura giuridica contemporanea, può dirsi che essa praticamente la ignori<sup>208</sup>, nonostante il fatto che il regime di responsabilità dei soci di banche cooperative fosse, pressoché ovunque, argomento allora assai dibattuto<sup>209</sup>.

munati agli umili coloni»; ed ove il ruolo dei primi si sarebbe spontaneamente limitato ad assicurare «l'iniziativa e il concorso di persone agiate e intelligenti» quale importante condizione di vitalità delle nuove istituzioni. Del resto, in termini non dissimili, lo stesso Luzzatti aveva già espressamente riconosciuto l'importanza della partecipazione di quei «mercadanti onesti e di tutti quegli agiati, la cui opera è così necessaria per la gestione sociale», i quali sarebbero tuttavia rifuggiti dal compito di avviare l'opera del credito popolare ove non si fosse provveduto a metterli al riparo dai gravi pericoli minacciati dall'istituto della responsabilità illimitata e solidale: cfr. LUZZATTI, *Introduzione* a SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 36. *Contra* RODINO, *Memoria e progetto di legge*, cit., 37, secondo il quale i «più facoltosi non entra[vano] già nella società come mezzo e scopo di appoggio morale e materiale alla società stessa – cosa che sarebbe molto lodevole e ci farebbe subito rinunciare all'idea di non volere gli agiati nelle cooperative – ma bensì nella intenzione di farne un guadagno e di manipolare le cose a modo loro, certo sempre in correlazione ai loro interessi».

<sup>206</sup> Che l'elemento della responsabilità limitata dei soci abbia significativamente condizionato lo stesso modo d'essere e, consequenzialmente, le caratteristiche del processo di gestione delle Popolari in Italia, ponendole in contrasto con l'indole originaria dei corrispondenti istituti operanti nel sistema germanico, era già stato rilevato, ad esempio, nel contesto dell'analisi condotta da MURÈ, *Credit Unions. Le Banche Popolari degli Stati Uniti d'America*, Roma, 1953, 25.

<sup>207</sup> Se ne dirà ampiamente *infra*, § 10.

<sup>208</sup> Con la parziale eccezione rappresentata dai fugaci riferimenti contenuti in RACUGNO, *La responsabilità dei soci nelle cooperative*, Milano, 1983, 3, ivi nota n. 3 e testo corrispondente.

<sup>209</sup> Ampi riferimenti a quel dibattito si ritrovano in ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 158 ss.; e WOLFF, *Co-operative Banking*, cit., 43 ss., 89 ss. Nella letteratura tedesca cfr., invece, GOLDSCHMIDT, *Le società cooperative*, cit., 417 ss., che fu tra i più convinti oppositori del sistema Schulze. Tra gli studi più recenti in cui la questione è stata riconsiderata, spicca, sempre con specifico riguardo all'esperienza tedesca, il lavo-

In Germania, in Italia, così come pure in Inghilterra, nel Belgio ed in Svizzera, economisti, giuristi e operatori erano divisi in due schiere, l'una a difesa del principio della responsabilità illimitata e solidale, reputata condizione indispensabile per la prosperità delle banche mutue (e delle imprese cooperative in genere), l'altra avversa a tale principio, del quale si credeva opportuno il superamento, poiché, esattamente all'opposto dell'argomento avversario, esso era ritenuto fonte di pericoli siffatti gravi da scoraggiare il concorso delle classi agiate, il cui apporto era considerato imprescindibile per una buona amministrazione delle nuove istituzioni<sup>210</sup>.

Al di là di questi suoi più superficiali (e perciò più immediatamente evidenti) risvolti, ed al di sotto degli artifici retorici cui spesso solevano ricorrere gli esponenti delle due parti in contesa<sup>211</sup>, quella attinente al

---

ro di GUINNANE, *New law for new enterprises: the development of cooperative law in Germany, 1867-1889*, in *Seminarios de Historia Económica – Departamento de Historia Económica e instituciones*, Universidad Carlos III de Madrid, November 2009, 25 ss.

<sup>210</sup> Cfr. ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 159; e WOLFF, *Co-operative Banking*, cit., 48.

<sup>211</sup> Ad esempio, si era soliti constatare, da parte di coloro che ripudiavano il regime della responsabilità illimitata, come questo, oltre a poter risultare sistema assai inopportuno, apparisse altresì contrario a giustizia. Se la responsabilità illimitata, si diceva, è essenza delle società in nome collettivo, lo è perché queste sono sempre composte da poche persone, le quali risultano in grado di esercitare una diretta azione di direzione e vigilanza sull'andamento delle cose sociali, per le quali è allora giusto che assumano una personale responsabilità. Ma nella società cooperativa, dove il numero dei soci è solitamente assai elevato, e dove le persone dei soci possono mutare agevolmente e con gran frequenza, quella capacità di decisione e controllo sulle operazioni sociali viene meno, e con essa, per giustizia, dovrebbe parimenti venir meno la responsabilità illimitata: "*keine Haftung ohne Herrschaft*". È agevole comprendere, tuttavia, come un argomento di questo tipo, se poteva eventualmente valere a sollevare una seria obiezione verso un sistema – quale era quello tedesco delle origini – che avesse voluto imporre, senza concedere alternativa alcuna, il regime di responsabilità proprio della collettiva, non sarebbe però evidentemente valso a dar piena giustificazione ad un sistema di segno contrario, che, proprio in base al detto argomento, avesse preteso di imporre, senza concedere alternativa alcuna, il regime di responsabilità dell'anonima, poiché, come fu notato – ed a tacer d'altro –, in questo modo «si fa giudice la legge degli interessi dei soci»; la quale legge dovrebbe, invece, «solo da volere che il pubblico sia chiarito con tutta certezza dei mezzi economici con cui la società promette solennemente di soddisfare alle proprie obbligazioni». Sono parole di VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, Vol. II, Milano, 1889, 376, ove un'approfondita disamina, ricca di spunti comparatistici, degli argomenti spesi a favore e contro i vari regimi di responsabilità dei soci delle cooperative.



regime di responsabilità dei soci era questione di tale importanza da venire addirittura percepita come in grado di determinare lo stesso modo d'essere delle società cooperative di credito, e, conseguentemente, la loro collocazione all'interno dell'ordinamento giuridico ed economico. Da un lato, il mantenimento del regime della responsabilità illimitata equivaleva – o almeno era questo il valore che si pretendeva di attribuirgli – ad una sorta di garanzia a difesa del carattere effettivamente mutualistico (e “popolare”) dell'ente nella misura in cui solamente coloro che avessero avuto realmente bisogno di avvalersi dei servizi di una mutua associazione capace di erogare credito a sostegno delle loro economie personali, avrebbero accettato di assumere l'onere e il rischio di una illimitata responsabilità personale per le obbligazioni contratte da una società composta da individui per i quali – tutti versando, più o meno, nelle medesime condizioni – il divenire soci di tali “banche popolari” altro non era, a ben vedere, che una conseguenza del loro essere, anzitutto, “naturali clienti” delle medesime<sup>212</sup>. Dall'altro lato, introdurre lo schermo della responsabilità limitata avrebbe invece significato sostituire al vincolo solidale tra le persone dei soci un capitale finanziario che, al fine di meritare la fiducia del mercato, avrebbe dovuto costituirsi per cifra tale da risultare comunque in grado di offrire adeguate garanzie ai terzi; un capitale, cioè, per la cui raccolta non sarebbe stato più possibile – né verosimile – fare riferimento al solo risparmio minuto delle “classi popolari”, occorrendo, viceversa, aprire alle grandi somme dei “capitalisti”, la cui presenza, specie ove tendente a divenire – come in effetti fu – assai significativa, quando non addirittura prevalente, non avrebbe potuto non riflettersi, in ultima istanza, sul modo d'essere e d'operare di una banca la cui indole “mutua” e “popolare”, a questo punto, ne sarebbe giocoforza risultata assai ridimensionata<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> Rossi, *Del credito popolare*, cit., 172.

<sup>215</sup> *Ivi*, 162 s. Questi, in estrema sintesi, i termini di un dibattito che, per ciò che in particolare riguarda l'Italia, portò alcuni a leggere l'opzione a favore della responsabilità limitata alla stregua di una (consapevole) rinuncia all'erezione di ogni barriera contro il rischio di infiltrazione di componenti speculative all'interno del movimento («[i]n queste condizioni economico-sociali prevalenti nel nostro paese fino ad oggi, sono da ricercare le ragioni, per cui alle Associazioni di credito si è dato preferibilmente la forma delle società anonime. La responsabilità illimitata non si presta all'elemento speculatore; e poiché le nostre banche popolari dovettero sorgere per iniziativa delle classi borghesi, fu d'uopo appunto dar loro un'organizzazione, la cui solidarietà si risolvesse

Nel contesto delle vicende italiane, il significato politico della contesa era assai importante, poiché, invero, ciò a cui si stava assistendo non era altro che lo scontro tra chi nella Banca popolare scorgeva il possibile luogo per la formazione di una emancipante “proprietà operaia”, e chi, viceversa, in esse individuava il più congruo terreno di intervento della borghesia liberale, quello in cui, per dirla altrimenti, più facile le sarebbe potuto riuscire di mantenere il controllo sopra tutto il movimento cooperativo<sup>214</sup>: una prospettiva, quest’ultima, nella quale diventava allora necessario definire, anche sul piano giuridico, le coordinate entro cui si voleva che lo stesso movimento muovesse i suoi primi passi; obiettivo per cui era indispensabile dare all’istituto cooperativo una vocazione spiccatamente interclassista, sulla quale tentare successivamente di far leva al fine di renderlo il medio di una verosimile alleanza tra capitale e lavoro in funzione di un’ordinata e pacifica soluzione della questione sociale<sup>215</sup>. In altre parole, l’idea di Luzzatti (e dei suoi amici) era quella di creare il più velocemente possibile una “proprietà borghese” delle Banche popolari che permettesse di dare attuazione ad un programma di conservatorismo e stabilizzazione sociale ispirato alla sua personale trasposizione delle idee del *Kathedralsozialismus*<sup>216</sup>, programma rispetto alla cui celere ed efficace realizzazione la responsabilità illimitata sarebbe senz’altro risultata d’ostacolo<sup>217</sup>.

---

in quella generale e comune di tutte le Associazioni commerciali»: *ivi*, 200), la cui presenza è stata talvolta anzi ritenuta alla base di quelle “devianze” dallo stesso dettato luzzattiano che la prima prassi in fatto di autorizzazioni fece registrare: cfr. POLSI *Alle origini*, cit., 201 ss. Quanto al pensiero di chi scrive, si è già chiarito come ed in che misura possa ritenersi effettivamente esistita una relazione di biunivoca interdipendenza tra composizione della base sociale e perseguimento della mutualità da parte delle Popolari nella loro fase di impianto e sviluppo nel paese: cfr. *supra*, § 7, e, *ivi*, part. note nn. 167-173 e testo corrispondente.

<sup>214</sup> Cfr. DEGL’INNOCENTI, *Luigi Luzzatti*, cit., 438 ss.

<sup>215</sup> Cfr., intorno a questi temi, BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, cit., 29.

<sup>216</sup> Sulla visione «sostanzialmente conservatrice» di Luzzatti, la quale lo conduceva a collocare il credito popolare «nell’ambito di una concezione della cooperazione intesa come strumento di integrazione pacifica e indolore della classe operaia nel sistema politico-istituzionale creato dai moderati», i quali, sulla scia del “socialismo della cattedra” di stampo tedesco, stavano allora tendando di «porre un’ipoteca ideologica sul nascente movimento cooperativo italiano», cfr. CIUFFOLETTI, *Dirigenti e ideologie*, cit., 99 ss. In senso analogo, nel rilevare il tentativo della borghesia liberale di «fare convergere intorno al polo del credito popolare e cooperativo tutte le istanze presenti nel movimento associativo al fine del mantenimento degli equilibri sociali e politici esistenti», DEGL’INNOCENTI, *Geografia e strutture della cooperazione in Italia*, in SAPELLI (a cura

di), *Il movimento cooperativo in Italia*, cit., 6. E cfr. anche ID., *Luigi Luzzatti*, cit., 454 s., ove l'Autore sottolinea come anche la fondazione, avvenuta nel 1913 per volere dello stesso Luzzatti, dell'Istituto nazionale di credito per la cooperazione (R.D. 15 agosto 1913, n. 1140) – radice dell'attuale Banca nazionale del lavoro (cfr. BELLÌ - BROZZETTI, voce *Banche popolari*, cit., 167) – rappresentò, sul piano politico, uno strumento per «rilanciare il disegno egemonico delle classi dirigenti liberali, questa volta con un più marcato intervento statale, nei confronti delle classi subalterne, le cui aspirazioni occupazionali e di emancipazione morale e sociale [si volevano] indirizzate entro i termini dell'associazionismo interclassista». Si trattò, insomma, «[del]la risposta in termini nuovi e moderni alla richiesta tradizionale di credito alle cooperative, e al tempo stesso, in presenza di un movimento socialista ormai forte sul piano politico e sindacale, [del] tentativo di stringere la parte più rilevante di esso allo Stato liberale». Ulteriori interessanti notazioni in merito ai vari tentativi intrapresi dal Luzzatti per «incanalare il movimento [cooperativo] verso finalità liberali a lui congeniali», si rinvencono in ROTONDI, *Mercato e sviluppo economico*, cit., 64 ss.

<sup>217</sup> Per il rilievo secondo cui la scelta a favore dell'anonima per azioni a responsabilità limitata fu pensata per favorire l'affermazione di una direzione di stampo borghese del movimento delle Popolari, delle quali si voleva stimolare la crescita «senza attendere gli anni di lenta incubazione che erano stati alla base del successo tedesco», cfr. POLSI, *Alle origini*, cit., 201, ivi nota n. 22 e testo corrispondente. Ad ulteriore conferma della chiave di lettura che si sta qui offrendo, è interessante notare come i sostenitori del regime della responsabilità illimitata si dichiarassero disposti a rinunziarvi solamente nel momento in cui le cooperative di credito popolare fossero ormai divenute «abbastanza ricc[he] [...] [da] non aver più bisogno di praticare un siffatto principio» (ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 176); cioè a dire, solamente quando quella proprietà “operaia” nata in seno a mutue associazioni di persone tutte legate dal vincolo della responsabilità solidale, si fosse accresciuta e consolidata al punto tale da permettere di elevare le classi popolari esse stesse allo stadio di proprietari capitalisti, in quanto tali finalmente in grado di competere con le altre componenti di un sistema economico-produttivo che, altrimenti, avrebbe ancora a lungo minacciato di costringerle in posizione economicamente e socialmente subalterna. Lo stesso Schulze, che del regime della responsabilità illimitata nel settore del credito popolare fu non solo il primo realizzatore nella prassi, bensì anche primo “codificatore”, avendone trionfalmente promosso la statuizione nei §§ 3 n. 12 e 11 Abs. 1 GenG 1867 (cfr. *supra*, § 3, nota n. 45), aveva sostenuto: «L'assunzione della responsabilità personale sotto l'obbligazione vicendevole di tutti per uno è ora [...] il solo mezzo giuridicamente ed economicamente valido, con cui il ceto dei nostri associati possa operare. Noi consideriamo perciò la solidarietà come una necessità per le associazioni nei loro primi stadi. Ma come l'individuo nei propri affari si sforza di diminuire possibilmente sempre più nel progrediente svolgimento la propria responsabilità, del pari anche nelle unioni nostre, coll'andar del tempo, si tende a mutare la sopraddetta forma gravissima di obbligazione, la obbligazione illimitata, in quella ristretta a porzione determinata del patrimonio, e ciò avviene tosto che lo concedano le condizioni dell'impresa sociale. Nè se ne avvera il caso, se non quando la formazione di un capitale proprio siasi svolta per un gran numero di soci così ampiamente, che le loro quote di partecipazione sieno cresciute a segno che l'obbligazione limitata offra il fondamento reale indispensabile. Soltanto allora può porsi

Sembrano, insomma, da condividersi i rilievi di quella autorevole dottrina secondo cui, «con la “cooperativa” a responsabilità limitata», Luzzatti non volle solamente «adatta[re] la banca popolare alle esigenze della borghesia imprenditoriale lombarda e veneta, occupando uno spazio vuoto nel mondo del credito», avendo egli, in maniera altrettanto decisa, altresì mirato, «forte della sua posizione politica, a piegare una legislazione *in fieri*»<sup>218</sup>. Processo che avrebbe poi ricevuto la sua consacrazione formale nel nuovo Codice di commercio del 1882<sup>219</sup>, nei

---

mano ad una riforma della unione, che con ciò esce dalla cerchia delle nostre associazioni personali, ed entra nella schiera delle associazioni di capitali. [...] Quale utilità, chiediamo noi, avrebbe recato [...] [i]l principio della obbligazione divisa, alla società dei pionieri quando incominciò la sua opera con quel capitale di 56 lire sterline, che è divenuto di storica rinomanza?» (SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 127 ss.). E risulta, in effetti, che, poco prima di morire, lo stesso Schulze, dopo essersi per lungo tempo strenuamente opposto (cfr. GUINNANE, *New law for new enterprises*, cit., 16, 19), si fosse espresso in modo sostanzialmente favorevole al sistema che, di lì a breve, sarebbe stato introdotto dalla legge imperiale del 1 maggio 1889, con la quale, sulla scia di quanto già avvenuto con la legge francese del 1867, con la legge belga del 1873, con quella austriaca dello stesso anno, con le leggi olandese ed inglese del 1876 (dove il percorso fu però di segno inverso, non consentendo la legislazione precedente che la costituzione di cooperative a responsabilità limitata) e poi con lo stesso Codice di commercio italiano del 1882, il legislatore tedesco (§§ 2, 7 Abs. 1, 112 ss., 120 ss., 125 ss. GenG 1889) decise di lasciare alla libera determinazione dell'atto costitutivo la scelta tra l'uno e l'altro regime (*Genossenschaften mit unbeschränkter* ovvero *mit beschränkter Haftpflicht*), a questi poi affiancando, quale ulteriore opzione a disposizione degli operatori, il sistema “misto” della responsabilità per quota supplementare (*Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschußpflicht*): cfr., al riguardo, il resoconto offerto da GOLDSCHMIDT, *Le società cooperative*, cit., 418 ss.; VIVANTE, *Trattato*, cit., 504, ivi nota n. 16 e testo corrispondente; e MARGHERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Torino, 1921, 587. Per ulteriori riferimenti, per ciò che attiene anche ai successivi sviluppi legislativi riguardanti l'ordinamento tedesco (e non solo) – rispetto al quale è forse il caso di precisare che, sin dalle origini, si era comunque escluso che il fallimento della cooperativa traesse seco il fallimento dei soci illimitatamente responsabili (§ 51 Abs. 4 GenG 1868) – cfr., più di recente, VERRUCOLI, *La responsabilità dei soci nella società cooperativa*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1953, 108 ss.; ID., *La società cooperativa*, cit., 160 ss.; e RACUGNO, *La responsabilità dei soci*, cit., 1, ivi nota n. 1.

<sup>218</sup> Sono parole di CAFARO, *La solidarietà efficiente*, cit., 32.

<sup>219</sup> Sul Codice di commercio del 1882 e sulla sua formazione, cfr., indicativamente, GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia (1865-1942)*, Roma-Bari, 1994, 154 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del codice di commercio del 1882*, in *Saggi di storia*, cit., 157 ss. Sempre in chiave storico-giuridica, sul sistema di diritto societario delineato da quel codice, possono inoltre ricordarsi i contributi di FERRI, *La disciplina delle*

cui artt. 219-228 – la cui stesura fu, in pratica, opera dell’Associazione nazionale fra le banche cooperative popolari italiane costituita dallo stesso Luzzatti nel 1876<sup>220</sup> – egli riuscì a far approvare una disciplina delle società cooperative «a immagine e somiglianza delle proprie creature»<sup>221</sup>, le quali, nel momento in cui quel codice entrava in vigore, erano ormai già saldamente in mano alla borghesia liberale.

Il che significa che nel momento in cui il Codice di commercio, compiendo al riguardo una scelta dal sapore spiccatamente compromissorio e ideologicamente ispirata al principio di libertà da riconoscersi alla base dell’ordinamento delle istituzioni dei privati<sup>222</sup>, decise di mettere in “concorrenza” tra loro i due sistemi della cooperazione a responsabilità illimitata ed a responsabilità limitata, consentendo agli operatori di ricorrere, alternativamente, all’“imprestito” della forma della collettiva ovvero dell’anonima<sup>223</sup>, il processo di egemonizzazione borghese delle Banche popolari – al quale, vigente il codice precedente, la scelta dell’anonima per azioni a responsabilità limitata era stata, in tutto e per tutto, strumentale – poteva dirsi già compiuto. E ciò, in chiave storica, ha rappresentato, senza dubbio, una tra le più rilevanti differenze rispetto alle corrispondenti vicende tedesche, ove, sotto la guida e la protezione dello Schulze, nel periodo compreso tra la loro comparsa negli anni ‘50 e l’entrata in vigore della legge imperiale del 1889, una proprietà “popolare” delle *Volksbanken* ebbe effettivamente

---

*società nel Codice di commercio del 1882*, in AA.VV., *1882-1992. Cento anni dal codice di commercio*, Milano, 1984, 91 ss.; e di UNGARI, *Profilo storico*, cit., 61 ss.

<sup>220</sup> Cfr. POLSI, *Alle origini*, cit., 256. Per ulteriori ragguagli in merito alle origini ed al ruolo svolto dall’Associazione, si veda ID., «*Indipendenti sempre, isolate mai*». *L’Associazione fra le banche popolari italiane dalle origini al 1914*, in *Società e storia*, 1996, n. 72, 311 ss. Sull’influenza spiegata da Luzzatti nell’elaborazione delle norme di cui al titolo IX, sezione VII, Cod. comm. 1882, la cui bozza era stata previamente sottoposta, nel 1878, all’esame dell’Associazione da parte del ministro Mancini, cfr. pure CAFARO, *Banche popolari e casse rurali*, cit., 65; ZANGHERI, *Nascita e primi sviluppi*, cit., 73; e DEGL’INNOCENTI, *Luigi Luzzatti*, cit., 449 ss. Per una puntuale analisi della rispondenza di quelle norme al modo d’essere ed alle richieste specifiche delle Popolari, cfr. pure PIPITONE, *Scopo mutualistico*, cit., 7 ss.

<sup>221</sup> CAFARO, *La solidarietà efficiente*, cit., 32.

<sup>222</sup> Cfr. ZANARDELLI, *Relazione a S.M. del Ministro Guardasigilli nell’udienza del 31 ottobre 1882 per l’approvazione del testo definitivo del Codice di commercio*, in D’ETTORE e SANTONI-DE SIO (a cura di), *Codice di commercio del Regno d’Italia*, Roma, 1888, XII ss.

<sup>223</sup> Ed in verità, un pò incautamente, anche a quella dell’accomandita: cfr. BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, cit., 27, ivi nota n. 41 e testo corrispondente.

modo di affermarsi<sup>224</sup>, avendo la “scalata” da parte della più agiata borghesia ivi rappresentato un processo solamente sopravvenuto<sup>225</sup>, anziché coevo alla loro nascita, come invece pressoché fu per le Banche popolari in Italia<sup>226</sup>.

E sebbene, alla fine, Luzzatti non riuscì – o, almeno, non nella misura in cui avrebbe voluto – nell’intento di controllare un movimento che andava allora assumendo sempre più differenziati connotati politici, ideologici e sociali, ed alla cui guida socialisti, repubblicani e cattolici stavano guadagnando un peso sempre crescente proprio a scapito del ceto politico liberale<sup>227</sup>, della cooperazione egli fu, comunque, un al-

---

<sup>224</sup> Cfr. RACUGNO, *La responsabilità dei soci*, cit., 3, ivi nota n. 3: «in Germania i soci della banca sono quasi esclusivamente piccoli artigiani e piccoli negozianti; le grosse e le medie fortune non vi partecipano affatto, sì da rendere particolarmente omogeneo il substrato dei componenti della banca stessa. Tutt’altro accade nelle banche popolari italiane ove [...] vengono accomunanti nella medesima cooperativa i piccoli artigiani ed i grandi industriali, gli operai ed i grossi possidenti, il fittaiuolo ed il ricco agricoltore». Nello stesso senso già VIRGILII, voce *Cooperazione*, cit., 807.

<sup>225</sup> Da quanto testimoniato da attenti osservatori ed importanti studiosi dell’epoca, risulta che, dopo che un sempre più nutrito ed agguerrito partito favorevole alla limitazione della responsabilità dei soci delle *Volksbanken* era venuto costituendosi, e quando la responsabilità illimitata, in virtù della imminente approvazione della più volte citata legge imperiale, era oramai prossima a perdere il suo carattere inderogabile, anche in Germania «[u]n nuovo ceto di banchieri, di grossi negozianti e industriali s’[andò] aggregando alle unioni di credito, già quasi esclusivamente composte di popolo minuto, e molte di esse un nuovi spirito agitava, nuovi impulsi muovevano; parecchi tra i modesti sodalizi di debitori, grado grado, avean mutato forma ed uffici, atteggiandosi a veri e propri istituti bancari, consentendo grosse quote individuali d’interesse, intendendo a crescere senza misura i dividendi, alimentando la speculazione e ricavandone il proprio alimento» (WOLLEMBORG, *La solidarietà illimitata e la cooperazione di credito in Germania*, in *Coop. rur.*, 1888, 49 s.), dando così avvio ad un processo analogo a quello che in Italia – come si è avuto modo di constatare *supra*, § 7 – aveva caratterizzato l’esperienza del credito popolare praticamente sin dalle sue origini.

<sup>226</sup> Tale notazione permette di gettare ulteriore luce sul perché i principali critici del progetto luzzattiano accusassero le Banche popolari di essere la perfetta negazione dei principi schulziani, accostandone piuttosto le vicende a quelle delle svizzere *Spar-Leihenkasen*, nelle quali, «non si scorgono, generalmente parlando, che dei capitalisti, i quali assicurano ai loro denari il migliore impiego possibile», ed ove «[è] certo che la gente del popolo o gli operai vi pren[ono] minor parte diretta che non in quelle di Schulze-Delitzsch, dove non occorrono forti capitali in contanti ai soci, grazie al grosso capitale collettivo della responsabilità solidale indefinita» (ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 162).

<sup>227</sup> Relativamente a questi sviluppi cfr., assai diffusamente, DEGL’INNOCENTI, *Geografia e strutture*, cit., *passim*; CIUFFOLETTI, *Dirigenti e ideologie*, cit., *passim*; ZANGHERI, *Nascita e primi sviluppi*, cit., 75 ss.

to “protettore”<sup>228</sup>, e con lui al MAIC sin dal 1869, anno in cui il ministro Minghetti lo aveva chiamato a ricoprirvi l’incarico di segretario generale, le “sue” Banche popolari, non si trovarono a soffrire, né a dover mai temere «tutte quelle guerre e difficoltà che continuamente [venivano] mosse contro le cooperative»<sup>229</sup>.

## 10. Dalla *Volksbank* alla Banca popolare: ulteriori osservazioni sui modelli d’origine

La digressione finora compiuta ha mostrato come il dibattito, ancora oggi tutt’altro che sopito<sup>230</sup>, circa la “vera” o “falsa” natura coopera-

---

<sup>228</sup> Sul ruolo svolto da Luzzatti nella promozione della legislazione cooperativa in Italia, cfr., tra gli altri, ZANGHERI, *Nascita e primi sviluppi*, cit., 73 ss.; e BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, cit., 48 ss., 73 ss., ove viene in particolare evidenziato l’avvio, a far data dalle modifiche apportate nel 1889 alle leggi di contabilità generale dello Stato al fine di ammettere le cooperative agli appalti di lavori pubblici, di quel “dualismo di forme” che, da allora in poi, avrebbe costituito un tratto profondamente qualificante lo stesso modo d’essere del diritto della cooperazione in Italia (cfr., da ultimo, anche ID., *La irresistibile nostalgia del dualismo di forme*, in *Studi e materiali*, 2006, 788 ss.), e che, in quel particolare momento storico, nell’andare ad introdurre, affianco della cooperativa “borghese” e “speculativa” di cui al Codice di commercio, una legislazione cooperativa ad uso delle classi subalterne, non faceva altro che gettare, conformemente ai piani dei conservatori sociali, «una sorta di cordone sanitario [...] attorno alla cooperazione operaia». Adde SAPELLI, *La cooperazione come impresa: mercati economici e mercato politico*, in ID. (a cura di), *Il movimento cooperativo in Italia*, cit., 264. In senso parzialmente critico rispetto a questa interpretazione, cfr., invece, le osservazioni di DEGL’INNOCENTI, *Luigi Luzzatti*, cit., 449 ss.

<sup>229</sup> RABBENO, *La cooperazione in Italia*, cit., 125. Nel senso che la permanenza di Luzzatti come segretario generale del MAIC corrispose ad un momento di grandi facilitazioni per il movimento delle Banche popolari, cfr. ora anche POLSI, *Alle origini*, cit., 219, il quale informa che lo stesso Luzzatti tentò addirittura di accreditare (senza successo) una prassi per l’autorizzazione di nuove società senza passare per il previo parere del Consiglio di Stato.

<sup>230</sup> Senza alcuna pretesa di esaustività, cfr., tra i molti che si sono occupati del tema, BUTTARO, *Sulla non diversa natura delle casse rurali e delle banche popolari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1973, I, 161 ss.; OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 653 ss.; PRESTI, *Le banche cooperative. Funzione economica e forma giuridica*, Milano, 1999; CAPRIGLIONE, *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, Bari, 2001; SALAMONE, *Le banche popolari ovvero: “la mutualità che visse due volte” (Evoluzione, diritto vigente, tipologia sociale tra “forma” e “sostanza” di società cooperativa)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, V, 594 ss.; SANTOSUOSSO, *Le due anime e le diverse identità*, cit., 434 ss.; MARANO, *Banche popo-*

tiva delle Banche popolari italiane, sia storicamente derivato, per una parte, dall'essere il modello della Banca popolare un "prodotto d'importazione" tedesca, e ciò nella misura in cui, come si è parimenti avuto modo di constatare<sup>251</sup>, la stessa *Volksbank* introdotta in Germania da Schulze-Delitzsch era, a suo tempo, già stata ritenuta un tipo di impresa collettiva non molto dissimile da una comune società di capitali; mentre, per altra parte, è anche emerso come quel dibattito abbia affondato le proprie radici nelle deviazioni – che nel corso del processo di importazione pur si verificarono – della realizzazione italiana rispetto al prototipo tedesco, essendo stato, senza dubbio, il carattere "ibrido" della *Volksbank* ulteriormente accentuato (se non proprio esasperato) dagli adattamenti che furono pensati ed introdotti da Luigi Luzzatti<sup>252</sup>.

Più in dettaglio, interrogata la storia delle origini del credito popolare in Germania ed in Italia, la risposta che da essa, in via principale, sembra possibile trarre è nel senso che fu quello un progetto che venne concepito, nacque, ed ebbe modo di realizzarsi e succedere, perché, da un punto di vista innanzitutto economico, tramite esso si riuscì a cogliere – e si ebbe l'abilità di sfruttare – quella che era una grave inefficienza strutturale del mercato del credito prodottasi nel contesto della prima ondata di industrializzazione, di fronte alla quale, in entrambi i paesi, i principali istituti bancari non avevano saputo sviluppare adeguati legami con – e, per vero, non avevano neppure prestato adeguata attenzione ad – un ceto produttivo medio-piccolo che pur era intimamente dotato di forze e risorse sufficienti per riemergere vittorioso nel confronto con le importanti sfide poste dalla profonda trasformazione dei metodi della produzione. Gli interpreti di quel progetto intuirono che all'indispensabile fabbisogno di capitale monetario di tale variegata classe di operatori economici avrebbe potuto sopperirsi facendo leva sulle forze esistenti all'interno dello stesso ceto medio, ricorrendo al principio dell'auto-aiuto espresso dalla formula giuridica ed organizzativa della società cooperativa<sup>253</sup>.

---

*lari e scopo mutualistico*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, I, 576 ss.; PIPITONE, *Scopo mutualistico*, cit., *passim*; DONATO SEMINARA, *La speciale disciplina delle banche popolari cooperative*, Milano, 2011; BELVISO, *Scopo mutualistico*, cit., *passim*; SALERNO, *Il governo delle banche cooperative*, Milano, 2012.

<sup>251</sup> Cfr., in particolare, gli Autori ed i luoghi citati *supra*, note nn. 195 ss.

<sup>252</sup> Cfr. CAFARO, *La solidarietà effuciente*, cit. 17 s.

<sup>253</sup> Su tutti questi aspetti cfr. *supra*, § 2.



Il primo punto da fissare concerne, allora, il merito storico che tanto le *Volksbanken*, quanto le Banche Popolari ebbero nell'avviare un processo di razionalizzazione del mercato del credito, del quale, grazie ai vantaggi che la forma cooperativa si dimostrò in grado di offrire<sup>234</sup>, contribuirono a superare alcuni evidenti limiti strutturali, venendo a svolgere, a diretto vantaggio delle economie personali di quell'ampia cerchia di soggetti allo stesso tempo assuntori e beneficiari dell'iniziativa, una funzione imprenditoriale di tipo bancario prima assente<sup>235</sup>.

Quella stessa storia, tuttavia, rende altrettanto evidente come lo scopo mutualistico, laddove inteso in senso di gestione di servizio al socio da cui esula ogni intento speculativo<sup>236</sup>, non fu mai un imperativo

---

<sup>234</sup> E tra questi, *in primis*, quello dell'identificazione tra soci e clienti, la quale permise di mitigare sensibilmente il problema di asimmetria informativa che tipicamente minaccia il buon esito della valutazione del merito di credito del debitore da parte del banchiere; questione che diveniva di fondamentale importanza in una situazione di forte carenza di garanzie reali, quale generalmente era quella in cui versavano i soggetti cui le banche cooperative si rivolgevano: cfr., sia pur con principale riguardo all'esperienza delle *Raiffeisenbanken*, ma sulla base di assunzioni teoricamente generalizzabili, GUINNANE, *Cooperatives as Information Machines: German Rural Credit Cooperatives, 1883-1914*, in 61 *The Journ. of Econ. History* (2001), 366 ss.

<sup>235</sup> RABBENO, *La cooperazione in Italia*, cit., 4 ss., 22 ss., che pur non fu certo uno dei massimi estimatori del sistema Luzzatti, dopo aver constatato come carattere generale delle cooperative fosse quello di essere imprese «aventi per iscopo non di speculare, ma soltanto di adempirere mutualmente e collettivamente ad un bisogno comune a tutt[i i soci]; od in genere, di render[e] un servizio a [questi] necessario e che altrimenti sarebbe richiesto ad altri con dispendio maggiore», oppure ancora, ed a maggior ragione, quello di «propo[rsi] come intento [l']esercizio collettivo di quella funzione, colà dove nessun intermediario si presti ad adempierla»; sosteneva che, «[s]e alla parola cooperativo si dà questo largo significato, non v'ha dubbio che le banche popolari debbano ritenersi tali», dal momento che «esse sopperiscono al bisogno di credito dei propri soci, e rendono accessibile il credito a tanti che dai maggiori istituti lo otterrebbero con molte difficoltà».

<sup>236</sup> Ed era infatti sotto questo diverso profilo che, specie in ragione dell'eccessiva disinvoltura che esse stavano mostrando nell'aprire ad ogni sorta di operazione anche con i non soci, l'analisi di Rabbeno si faceva decisamente più critica, conducendolo ad esprimere seri dubbi in merito all'effettiva indole mutualistica delle Popolari: cfr. *ibidem*. Nel corso del lavoro, già si è fatto più volte riferimento, parzialmente sottintendone il significato, al concetto di "gestione di servizio". Sebbene occorrerebbe ben altro approfondimento della questione, ci si limita qui a ricordare che il concetto di "gestione di servizio" sarebbe stato successivamente elaborato dalla dottrina sulla base di due criteri, i quali appaiono entrambi ben lungi dall'aver qualificato in maniera significativa e determinante l'esperienza storica delle Banche popolari italiane. Del primo

assoluto, e non lo fu semplicemente perché, già su di un piano programmatico, un rispetto incondizionato di quel principio veniva percepito dai promotori del movimento come un evidente ostacolo alle esigenze di crescita che pur si volevano assecondare, ed in nome delle quali diveniva allora necessario sacrificare almeno in parte i caratteri di mutualità, democraticità e solidarietà che, assai più intensamente, connotavano il modo d'essere delle casse Raiffeisen<sup>237</sup>, alle quali, in ragione di una “funzione-obiettivo” completamente diversa, analoghe pretese e motivazioni di tipo “aziendalistico” erano, viceversa, del tutto estranee<sup>238</sup>. È solo ponendocisi in questa prospettiva visuale che appare possibile spiegare la grande attenzione che all'interno del manifesto schulziano venne rivolta verso tutti quei profili potenzialmente in grado di determinare, in un senso o nell'altro, a seconda delle scelte che si fossero volute compiere, l'efficienza complessiva della gestione, in funzione del cui conseguimento si procedette dunque ad ammettere, innanzitutto, la presenza di quote di partecipazione di taglio medio elevato, le quali dovevano andare a formare un capitale proprio dal quale occor-

---

di essi, ossia del principio d'identità socio-utente (c.d. elemento strutturale), si è già avuto modo di osservare, in ragione dell'esigenza di conseguire una maggiore elasticità della gestione, la tendenza ad un precoce allentamento della sua osservanza già a partire dalla stessa fase d'avvio delle (“grandi”) Popolari (cfr. *supra*, note nn. 157-158 e testo corrispondente); mentre del secondo, ossia quello dell'offerta al socio, tramite l'attività della cooperativa, di un vantaggio economico consistente in un risparmio di spesa nel godimento del servizio (c.d. elemento funzionale), non appare difficile immaginare la difficoltosa praticabilità nel contesto di un modello d'impresa in cui la “logica capitalistica” del dividendo sembra averla sempre fatta da padrona. Questi problemi, in parte appunto già anticipati dalla prassi delle origini descritta nelle pagine precedenti, sarebbero poi emersi in tutta la loro gravità nel momento in cui ci si trovò a considerare la posizione da riservare alle Banche popolari rispetto ai progetti di riforma che, anche sotto la spinta di una più matura riflessione scientifica sull'istituto cooperativo, a partire dagli ultimi anni del XIX sec. videro la luce nel tentativo di rimediare alle largamente riscontrate insufficienze del Codice di commercio del 1882, e nella cui elaborazione i principali nodi da risolvere sarebbero stati rappresentati proprio dai due temi relativi (ai limiti) alle operazioni coi terzi ed al sistema di riparto degli utili d'esercizio: cfr. VIVANTE, *Le società cooperative e i terzi*, in *Mon. trib.*, 1890, 833; ID., Nota ad App. Roma, 14 luglio 1890, in *Foro it.*, 1890, I, 946; SABBATINI, *Caratteristiche delle società cooperative*, in *Dir. comm.*, 1885, 634; GOBBI, *Sulla ripartizione degli utili nelle società cooperative*, in *Riv. ben. pubbl. ist. prev.*, 1886, X, 856 ss.; ID., *La cooperazione e il codice di commercio*, in *Reale Ist. Lombardo scienze e lett.*, 1891, XXIV, 471 ss. Ulteriori ragguagli *infra*, nota n. 288.

<sup>237</sup> Cfr., in particolare, quanto si dirà *infra*, nota n. 256.

<sup>238</sup> Cfr. *supra*, § 4.

reva far fruttare cospicui dividendi, a loro volta necessari per attrarre coloro che più degli altri fossero stati in grado di contribuire alla crescita della società mediante ulteriori, significativi apporti finanziari, così come per analoghe ragioni si giustificò, in secondo luogo, un'operatività territoriale la più estesa possibile e, infine, si considerò del tutto ammissibile, una volta soddisfatto il fabbisogno di credito dei soci, un'attività di commercio bancario da svolgersi coi terzi<sup>239</sup>.

A ben vedere, tutte queste furono, su di un piano operativo, dirette conseguenze del già segnalato fatto che, già nella stessa *Volksbank* tedesca, il termine "popolare" veniva ad assumere un'accezione del tutto particolare: non era quella, infatti, la banca "per tutti", la banca del popolo indifferenziato; cosa che, del resto, lo stesso Schulze non aveva avuto bisogno di dissimulare, avendo egli per contro chiaramente indicato quello che, nella sua visione, avrebbe dovuto essere lo scopo ultimo delle sue unioni, le quali, nate come banche *per* il ceto medio, una volta adempiuto questa loro originaria, ed in certo senso primordiale missione, si volevano destinate a competere sul mercato finanziario generale nella qualità di banche (oramai) *del* ceto medio<sup>240</sup>.

---

<sup>239</sup> Cfr. *supra*, § 3.

<sup>240</sup> «E qui ponendo fine a queste notizie sulla storia delle nostre unioni di credito e sui risultamenti che se ne ricavarono, reputiamo di averne dimostrata l'alta importanza rispetto ai piccoli industriali; perocchè esse, come non potè mai verun altro istituto congenere, riuniscono in sè tutto quanto può desiderarsi per lo scopo cui tendono. Infatti, per raccogliere tutto in poche parole, esse fanno capaci i propri soci: 1) di ricevere ad ogni momento una somma di denaro contante proporzionata alle loro condizioni; 2) di risparmiare interessi immoderati, nei quali dovevano sacrificare tanto danaro, se anche riuscivano a trovare un prestito; 3) finalmente il guadagno dell'impresa sociale, che finora era effettivo monopolio dei capitalisti, torna invece nelle casse dei soci ed insieme a piccole contribuzioni, che loro non riescono moleste, comincia a costituire *un capitale di loro proprietà*». Così concludeva la sua esposizione SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 326. L'enfasi posta sull'elemento relativo alla formazione di un capitale di proprietà da parte di soggetti che ne erano in precedenza completamente privi, è stata volutamente aggiunta per indicare come non appaia invero affatto casuale l'ordine in cui i tre menzionati scopi venivano illustrati dal giurista tedesco, sembrando il detto ordine, per contro, dare conferma della tesi sostenuta nel testo, la quale può forse essere più chiaramente espressa ricorrendo alla chiara sintesi di DEGL'INNOCENTI, *Geografia e strutture*, cit., 6, allorché l'Autore rileva come, in chiave storica, nel contesto dello sviluppo in senso capitalistico dell'economia, il ruolo specifico del credito popolare fu «quello di rastrellare in maniera capillare le risorse esistenti ai fini del consolidamento tanto della borghesia agraria quanto di quella finanziaria ed industriale nascente, piuttosto che di creare un solido retroterra per le iniziative economiche della piccola imprenditoria e della cooperazione».

Il secondo aspetto da fissare riguarda, dunque, il fatto, che, per dir così, già per scelta modellistica originaria, la “banca popolare” non fu concepita per essere e rimanere un intermediario finanziario di rilievo e peso economico marginale<sup>241</sup>, dal momento che, conformemente alla logica sottesa al progetto imprenditoriale di cui essa fu strumento di realizzazione, la mutualità rappresentò solamente l’elemento tramite cui raccogliere e mettere a disposizione delle componenti produttive minori risorse sino ad allora impotenti perché rimaste disperse, rendendo così possibile muovere i primi passi verso la creazione di un tipo di banca che, non appena possibile, avrebbe dovuto dismettere le “umili vesti” paraprevidenziali delle origini per orientarsi al mercato ed alle sfide che la concorrenza all’interno del mercato capitalistico pone<sup>242</sup>.

In altre parole, la “banca popolare”, se guardata attraverso le lenti della storia, rispetto alle osservabili diverse altre forme di ipostatizzazione dell’idea cooperativa, sembra presentarsi alla stregua di un modello che, sin dalla sua comparsa, conteneva in sé un elemento di grande modernità, ossia la concezione dell’impresa costituita in forma coo-

---

<sup>241</sup> Cfr. DEGL’INNOCENTI, *Geografia e strutture*, cit., 7. Questa aspirazione delle Popolari a configurarsi quali vere e proprie banche a vocazione generale, troverà in seguito modo di realizzarsi anche grazie ad una legislazione bancaria, la quale, per lungo tempo, ha piuttosto costretto le Casse rurali ed artigiane in quella posizione di unità marginali del sistema bancario che alle prime, invece, era da sempre risultata troppo stretta. Al riguardo, data la difficoltà di offrire qui esaustive indicazioni in merito al lungo processo che ha condotto le Casse rurali e artigiane – ed oggi (sia pur con tutte le modifiche che, per tener conto dello sviluppo del sistema economico del paese, sono nel frattempo intervenute) le Banche di credito cooperativo – ad essere collocate in una posizione del tutto particolare nel contesto dell’ordinamento bancario, sia sufficiente il rinvio agli Autori ed ai luoghi già citati *supra*, 102.

<sup>242</sup> Cfr., al riguardo, le osservazioni di CAFARO, *La solidarietà efficiente*, cit., 18. Sul punto appare utile, ancora una volta, riportare il pensiero RABBENO, *La cooperazione in Italia*, cit., 124 s., il quale nel credito popolare vedeva «un ufficio analogo a quello delle arterie minori in un organismo», vale a dire quello di «porta[re] alle parti periferiche il sangue, che negli organismi centrali si raccoglie e si ravviva»; poi però constatando che «non soltanto per questa ragione le banche popolari sono così rapidamente cresciute e cresceranno ancora: vi sono ben anche altri motivi. Esse si sono adattate all’ambiente in cui sorsero, si sono acconciate perfettamente all’indole dell’attuale organizzazione economica, anzi se ne son fatte sostegno fortissimo, anche a costo di perdere in parte la loro indole cooperativa. Il non limitare le operazioni ai soci, ma il farle anche con estranei, se ha alcun poco offeso il puro principio della mutualità, ha favorito di molto il loro sviluppo [...]. E così le banche popolari in realtà sono divenute piccoli istituti di credito ordinario, atte a diffonderlo là dove le grandi banche non ponno giungere».

perativa quale formula organizzativa che non pretende di opporsi, né tanto meno di sovvertire, ma che anzi partecipa, opera e si muove conformemente alle dinamiche ed all'interno della cornice delle leggi proprie dell'economia capitalistica, nel cui ambiente programma di mettersi presto in competizione con le altre specie di imprese al fine di conquistare quote di mercato possibilmente sempre più grandi<sup>245</sup>.

---

<sup>245</sup> Senz'altro decisivo fu, nell'orientare sin da subito l'esperienza del credito popolare verso il conseguimento di un obiettivo siffatto, quanto ben evidenziato da TAMAGNINI, *Appunti di storia della cooperazione*, cit., 727, ossia la circostanza che «[a] differenza di quanto era accaduto [in Francia ed in Inghilterra], in cui la cooperazione [...] era stata, a dir così, preceduta da un'efflorescenza ideologica a fondo socialista e da una serie di sperimentazioni compenstrate di spirito utopistico e comunistico, in Germania invece i promotori delle cooperative di credito [...] si accinsero con mentalità squisitamente pratica alla creazione di istituzioni che rimasero sostanzialmente improntate della loro personalità, insieme geniale e perseverante, compresi come erano di contribuire al miglioramento delle condizioni delle categorie artigianali e del piccolo commercio da un lato e delle categorie agricole dall'altro». Onde evitare fraintendimenti, è forse opportuno precisare che quanto appena rilevato non equivale certo a disconoscere – cosa che sarebbe profondamente sbagliata sul piano dell'analisi storica – l'importanza che, nel concretizzarsi dell'idea cooperativa, ebbe, accanto a quello economico relativo all'efficacia della gestione dell'impresa condotta secondo i criteri della mutualità, l'elemento ideale, la cui considerazione è anzi imprescindibile poiché intimamente connesso all'origine di classe (e, quindi, alla connotazione solidaristica) propria del fenomeno economico qui oggetto di osservazione. Ciò che si vuole piuttosto sostenere è che, nel procedere della sua storia, l'impresa cooperativa poté esprimere tutta la propria forza e validità, mostrandosi capace di conquistare un ruolo sempre più importante nel contesto dell'economia capitalistica, proprio dal momento in cui riuscì a dare equilibrata composizione ai vari elementi politici, morali, ideologici, sociali ed economico-aziendali di cui essa è stata da sempre compenetrata (BOTTERI, *Economia cooperativa*, cit., 3 ss.; SAPELLI, *La cooperazione come impresa*, cit., 253 ss.), così muovendo dai sogni di palingsi sociale di oweniana memoria, presto «lasciati in soffitta» (BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, cit., 20), verso forme realizzative in cui «l'ideologia cooperativa [...] cede[te] il passo alla teoria economica cooperativa», ciò che in definitiva spinse il movimento cooperativo ad impiegare «maggiore cura nella organizzazione della propria impresa economica e nel funzionamento di essa [...] in armonia con le vicende del mercato ed in ossequio alle leggi della tecnica e della economia» (TAMAGNINI, *op. ult. cit.*, 163, 201). Questo processo – ecco il punto decisivo del discorso – venne realizzandosi secondo percorsi che furono ovviamente diversi (e più o meno tortuosi) a seconda delle vicende politiche e delle strutture socio-economiche caratterizzanti le esperienze nazionali che si vogliono, di volta in volta, prendere in considerazione, il che chiaramente influì anche sulle tempistiche tramite cui fu possibile compiere quell'evoluzione. In uno schema di massima semplificazione dei corsi storici, può allora dirsi che il percorso seguito in Germania si dimostrò più veloce ed agevole che altrove. Il che non fu certo solamente frutto della pur essenziale opera di Schulze-Delitzsch e di Raiffeisen, determinante essendo alla fine risultata an-

Ciò sembra trovare conferma, innanzitutto, nel programma dello Schulze, ove, in funzione del conseguimento degli obiettivi appena sopra indicati, era stato vividamente percepito il bisogno di disporre di una base patrimoniale e finanziaria che non avrebbe verosimilmente potuto conseguirsi se non offrendo soluzioni che andavano a collocarsi di necessità al di là dei principi cooperativi “classici” di rochdaliana impostazione. In particolare, per il giurista contemporaneo (e non solo), appare assai interessante notare come, tramite quel suo richiamo all’opportunità per le *Volksbanken* di legare a sé «coloro che desiderano impiegare con vantaggio piccole somme di loro risparmi, piuttosto che di ottenere prestiti», ossia di aprire la società a quelle persone «le quali apportano più denaro che non ne tolgano»<sup>244</sup>, lo Schulze non facesse altro che (embrionalmente) invocare, quale soluzione al problema della modesta portata dei canali di finanziamento che le regole organizzative proprie dell’istituto cooperativo tradizionalmente determinano<sup>245</sup>, la partecipazione di quelli che oggi si chiamerebbero “soci finanziatori”, ossia di soggetti apportatori di capitale di rischio non interessati allo scambio mutualistico<sup>246</sup>, bensì solamente alla remunerati-

---

che l’evoluzione della legislazione in materia (cfr. VERRUCOLI, *La società cooperativa*, cit., 15), la quale, una volta messe al bando le cooperative “rosse” di Lassalle (cfr. *supra*, § 3, nota n. 38 per i riferimenti), e grazie soprattutto al coagularsi degli interessi dominanti attorno all’opera di Bismarck, poté più facilmente compiere quella necessaria opera di mediazione tra le diverse possibili visioni socio-politiche della cooperazione che altrove era stata, o sarebbe risultata, operazione ben più sofferta. Il che avvenne principalmente assecondando le esigenze proprie di quel *Mittelstand* minacciato di retrocessione sociale verso cui l’opera dello Schulze era stata (potrebbe dirsi) quasi *naturaliter* orientata (cfr. *supra*, § 2, nota n. 19 e testo corrispondente).

<sup>244</sup> SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 165 s. Del resto, nel suo *Catechismo*, cit., 657 ss., lo stesso Schulze aveva già anticipato come uno degli scopi principali delle associazioni da lui promosse consistesse «nel procurar[s]i risorse dal di fuori [...]: in altri termini, nel chiamare in loro aiuto il capitale» (anche se in quell’occasione il riferimento a possibili fonti di eterofinanziamento si era limitata alla espressa menzione dei soli «mutui in denaro» e dei «crediti in mercanzie»). E che «il momento della raccolta – del capitale e dei depositi» fosse aspetto privilegiato «rispetto a quello dell’offerta di credito» anche nella Banca popolare di luzzattiana ispirazione, è stato fatto notare da PIPITONE, *Scopo mutualistico*, cit., 10.

<sup>245</sup> Cfr., in generale, MAZZARESE, *Impresa cooperativa e finanziamento*, Napoli, 1980, *passim*.

<sup>246</sup> Il che, alla luce delle raffigurazioni teoriche allora dominanti in merito all’impresa cooperativa, era tutt’altro che pacifico che potesse avvenire: cfr., in chiave generale, MAGLIULO, *Gli economisti e la cooperazione*, in BAGNOLI (a cura di), *La funzione sociale della cooperazione. Teorie, esperienze e prospettive*, Bari, 2011, 21 ss.

vità di un investimento societario che, a questo punto, assumeva per loro connotazione puramente finanziaria, divenendo uno strumento di guadagno di per se stesso<sup>247</sup>.

---

Nella letteratura dell'epoca, cfr., ad es., GOBBI, *Sulla ripartizione degli utili*, cit., 860 ss.

<sup>247</sup> Come noto, nella disciplina domestica oggi in vigore, quella dicotomia tra soci cooperatori (che partecipano dello scopo mutualistico della società) e soci finanziatori (interessati alla sola remunerazione del capitale investito), la cui presenza lo scrivente non reputa azzardato rintracciare *in nuce* già nel prototipo della *Volksbank* di matrice schulziana nei termini che si sono appena detti, è stata definitivamente legittimata dalla novella societaria del 2003, la quale, portando a compimento quanto già iniziato dalla L. n. 59/1992, ha tentato di perfezionare ed ampliare i canali di auto- ed eterofinanziamento a disposizione delle imprese cooperative: cfr., *ex plurimis*, M.C. TATARANO, *La nuova impresa cooperativa*, cit., 492 ss.; BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., 181 ss.; nonché, ampiamente, CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2005, *passim*. Peraltro, è altrettanto noto come, per ciò che specificamente attiene al settore delle Banche popolari, quella distinzione la si ritrovasse “estremizzata” nella disciplina già dettata dalla L. n. 207/1992, e poi riscritta dall'art. 30, co. 6, TUB, il quale, nell'ammettere la compresenza di soci e “meri” azionisti, rende di fatto possibile l'ammissione a quotazione delle azioni delle Popolari, schiudendo così loro l'ulteriore canale di finanziamento rappresentato dal mercato di borsa: cfr. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 398 ss. Non è certamente qui possibile analizzare, al fine di tentare di tracciare un parallelo con le vicende italiane, tutto lo sviluppo storico del diritto cooperativo tedesco dai suoi albori sino ai giorni nostri. Basti pertanto rilevare come, pur non essendo ivi praticamente possibile (né teoricamente concepibile) l'accesso di una società cooperativa ai mercati borsistici, anche in Germania, nel corso del tempo, la legislazione, per agevolare la competizione su mercati sempre più vasti e caratterizzati da un grado di sviluppo tecnologico sempre più accentuato, abbia comunque teso a favorire e promuovere innovative forme di “finanza cooperativa”, tramite un processo che è di recente culminato con l'introduzione, ad opera di una importante legge di riforma del 2006, ed analogamente a quanto già previsto in molti altri ordinamenti, della figura dei cc.dd. *investierende Mitglieder* (§ 8 Abs. 2 GenG: cfr. BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*, cit., 184 ss.; KOBER, *Das “investierende Mitglied” - Wer und vor allem was steckt dahinter?*, in *ZfgG* 60 (2010), 37 ss.). Ai fini del discorso che si sta qui conducendo, tuttavia, appare ancor più essenziale notare come, da parecchio tempo ormai, la migliore letteratura giuridica ed economica tedesca avesse già ampiamente rilevato il potenziale *trade-off* esistente tra il rispetto dei tradizionali principi cooperativi e le pressioni nascenti da una sempre più evidente tendenza delle banche cooperative ad assecondare gli imperativi dell'efficienza che il confronto competitivo sul mercato bancario generale impone loro. Particolarmente istruttiva, in questo senso, è, anzitutto, l'analisi di POHL, *Savings Banks and Credit Cooperatives*, cit., 345 ss., il quale, all'esito della dettagliata descrizione ivi offerta circa il processo di crescita che ha nel tempo interessato il settore del credito cooperativo tedesco, conclude constatando un'ormai compiuta «“emancipation of the cooperative banks”, away from their original concept»; “emancipazione” che, in definitiva, lo stesso Autore spiega ricorrendo ad argo-

---

mento affatto simile a quanto sostenuto nel testo, ossia che «they felt the need to compete and did not wish to play a minor role as a second bank, and they extended their range of services correspondingly, following the clientele of big banks». Come si accennava, questa tendenza è stata assecondata dal legislatore, il quale, a partire dalla fine degli anni '60, con una copiosa serie di interventi sulla legge bancaria, sulla legge generale sulle cooperative, così come pure in campo fiscale, secondo autorevole dottrina giuridica, non avrebbe fatto altro che favorire un processo di progressiva “*companisation*”, il quale avrebbe alla fine condotto, specie in taluni settori – tra cui appunto spicca quello del credito –, all’affermazione di un modello di cooperativa c.d. *market-oriented* in cui sarebbe possibile cogliere una «steady approximation to the company model (counting on growth, increasing business with non-members and keeping a low co-operative profile, also referred to as “open co-operatives” and a transitory stage to companisation)». Così MÜNKNER, *German legislation with special emphasis on cooperative groups*, in *Alliances de recherche universités-communautés en économie sociale*, Cahiers de l’ARUC-ÉS No. C-03-2006, Mars 2006, 6; di cui si vedano anche le considerazioni già svolte in ID., *Experiences with the cooperative law in the federal republic of Germany*, in *Le società cooperative negli anni novanta. Problemi e prospettive*, Atti del Convegno internazionale in memoria di Piero Verrucoli (Genova 18-19 maggio 1990), Milano, 1993, 113 ss. I rilievi svolti in questa nota mirano ad evidenziare come anche in Germania, non appena le banche cooperative sono divenute – secondo uno sviluppo che, alla luce dell’interpretazione che si è ritenuto plausibile rendere in questa sede, appare in tutto e per tutto conforme agli intenti originari dello Schulze – grandi organismi orientati al mercato, prendendo ad operare in maniera non dissimile da quello delle comuni “banche spa”, sia stato avviato un intenso dibattito in merito alla caratterizzazione ormai tendenzialmente “strutturale” della loro mutualità, denotandosi, per ciò che per contro attiene all’elemento causale, una progressiva “normalizzazione” dell’istituto rispetto alle altre imprese bancarie non cooperative. Così facendo, tuttavia, si vengono a toccare temi relativi ai problemi di disciplina giuridica e di *governance* societaria che una tale possibile prevalenza della “forma cooperativa” sulla “sostanza mutualistica” rischia di ingenerare, e che qui non possono essere adeguatamente indagati. Ad ogni modo, ricorrendo ad un certo livello di generalizzazione dell’analisi, appare comunque possibile brevemente concludere rilevando come, nonostante quanto appena sopra osservato, lo spirito cooperativo del credito popolare tedesco, probabilmente anche per ragioni che attengono alla ben più contenuta connotazione (e frammentazione) politico/confessionale del movimento cooperativo di quel paese (cfr. M. VELLA, *Oltre il motivo del profitto. Storia, economia, gestione e finanza delle imprese cooperative italiane*, Santarcangelo di Romagna, 2010, 89 ss.), abbia potuto essere meglio conservato grazie alla forte integrazione strutturale che storicamente lo caratterizza (cfr. ancora MÜNKNER, *German legislation*, cit., 8), la quale, rendendo possibile la spontanea osservanza dei principi di sussidiarietà e regionalità (cfr. ARMBRUSTER e ARZBACH, *El Sector Financiero Cooperativo*, cit., 13 ss., 18 ss.), a loro volta in grado di contenere notevolmente la concorrenza all’interno del settore – aspetto su cui insiste l’incisiva opera di vigilanza svolta dalle *Prüfungsverbände* ai sensi dei §§ 53 ss. *GenG* (cfr., per le origini storiche e successivi sviluppi di questo importante istituto del diritto cooperativo tedesco, GUINNANE, *A “Friend and Advisor”*: *Management, Auditors, and Confidence in Germany’s credit cooperatives, 1889-1914*,



Ma, ovviamente, a tali realizzazioni lo Schulze dovette procedere non solo di fronte ad una prassi cooperativa ancora in pieno divenire, bensì anche nel contesto di un diritto cooperativo che era allora ancora tutto da scriversi; il che fece sì che, senza che fosse possibile tracciare confini netti, né disporre di regole disciplinanti le loro reciproche interazioni e i riflessi sul complessivo modo d'essere delle cooperative di credito, le due "anime" mutualistica e lucrativa si trovassero a dover giocoforza convivere nello stesso istituto societario, donde, dunque, l'ampiamente percepita e denunciata colorazione causalmente "ibrida"

---

in 77 *The Bus. History Rev.* (2003), 235 ss.; ID., *Regional organizations in the German cooperative banking system in the late 19<sup>th</sup> century*, in 51 *Researches in Economics*, 251 ss.; DEHKORDI, *Die Entwicklung des genossenschaftlichen Prüfungswesen von der ersten gesetzlichen Regelung im Jahre 1889 bis zur Gegenwart*, München, 2009; per i profili giuridici cfr., tra i molti, TRESCHER, *Möglichkeiten und Grenzen der Prüfung der Geschäftsführung - dargestellt am Beispiel genossenschaftlicher Prüfungen*, in *ZfG* 18 (1968), 1 ss.; BEUTHIEN - HANRATH, *Den Förderauftrag prüfen - wie soll der Prüfer das machen?*, nella stessa *Rivista* 58 (2008), 85 ss.) –, si risolve, in definitiva, in un ordinamento della cooperazione di credito che, complice anche la sua soggezione ai principi del diritto cooperativo comune (tra cui, *in primis*, il principio del *Förderungs*zweck di cui al § 1 GenG), non ha mai conosciuto quella progressiva divaricazione fra ordinamento generale delle società cooperative e disciplina speciale delle Banche popolari che in Italia ha viceversa condotto ad una profonda "frattura" istituzionale tra i due sistemi di norme, mettendo sempre più fortemente in dubbio l'effettivo orientamento di queste ultime verso perseguimento di uno scopo mutualistico. Sicché, nonostante la cooperazione di credito costituisca un tema oggi assai dibattuto anche tra gli studiosi tedeschi (cfr., tra i contributi più recenti, senza alcuna pretesa di esaustività, HAHN, *Die Unternehmensphilosophie einer Genossenschaftsbank*, Tübingen, 1980; GROSSKOPF, *Der Förderauftrag moderner Genossenschaftsbanken und seine Umsetzung in die Praxis*, Frankfurt am Main, 1990; KRAMER, *Fortschrittsfähigkeit gefragt: Haben die Kreditgenossenschaften als Genossenschaften eine Zukunft?*, Hochschule Wismar - Fakultät für Wirtschaftswissenschaften, Wismarer Diskussionspapiere No. 01/2003, reperibile all'indirizzo [www.wi.hs-wismar.de](http://www.wi.hs-wismar.de); BEUTHIEN - HANRATH - WEBER, *Mitglieder-Fördermanagement in Genossenschaftsbanken*, Göttingen, 2008), si tende per lo più a ritenere che le *Kreditgenossenschaften* costituiscano ancora parte integrante del movimento cooperativo generale e che, pur a fronte delle mutazioni prodottesi nel volgere del tempo, una gestione di servizio a favore del socio sia ancora presente nel loro modo di operare (cfr. CRESPI, *Germania*, cit., 60; BATTISTOTTI, *Il compito promozionale della società cooperativa tedesca*, in *Le società cooperative negli anni novanta*, cit., 264 ss.). E a breve si dirà della misura in cui, in prospettiva puramente storica, appaia ragionevole ritenere che le scelte compiute nella fase d'origine abbiano giocato un ruolo determinante nel segnare il modo d'essere e d'operare del credito popolare nei due paesi (cfr. *infra*, nel testo), al netto, tuttavia, delle precisazioni che pur dovrebbero farsi in merito alla precisa individuazione del vantaggio mutualistico ed alle modalità di sua acquisizione da parte del socio di "banca popolare".

di esso<sup>248</sup>. Ibridazione che, in effetti, specie ove si ponga mente all'alternativo paradigma allora rappresentato dalla cassa rurale di tipo Raiffeisen, è innegabile che vi fu; e vi fu non solo e non tanto perché, agli occhi degli osservatori di allora, la *eingetragene Genossenschaft* introdotta nel diritto commerciale tedesco dalla legge prussiana del 1867-8 apparve, in buona sostanza, come una contaminazione – per alcuni peraltro realizzata in maniera «poco armonica»<sup>249</sup> – in senso personalistico della struttura propria della società di capitale<sup>250</sup>, ma soprattutto perché, proprio sul piano dell'elemento causale, allo scopo del credito mutuo tra i soci, che dell'iniziativa schulziana era comunque stato il *primus movens*, si decise di affiancare una gestione di resa a favore dell'investimento di capitale, la quale, come più volte ripetuto, veniva, al pari del primo, a costituire elemento genetico proprio del modello gius-economico della *Volksbank*.

Tuttavia, è importante notare come, nonostante questa apparentemente forzata commistione di scopi creasse degli evidenti rischi per l'indole cooperativa dell'ente – che pur si dichiarava di voler mantenere quale tratto maggiormente qualificante del “tipo” –, sia in virtù di quelle che furono precise opzioni organizzative, sia in forza di scelte legislative che apparvero sin da principio inequivocabili, la potenziale contraddizione tra intenti essenzialmente “non speculativi” dell'istituzione e la necessità di assicurare una rendita sufficiente ai capitali in essa investiti, potè essere adeguatamente contenuta ed anzi, in certo modo, ordinatamente disciplinata. Sembra possibile sostenere, infatti, che scelte quali quelle a favore della quota di capitale unica e di eguale importo per tutti i soci<sup>251</sup>, unitamente all'elemento della responsabilità solidale ed illimitata<sup>252</sup>, fossero state compiute proprio al fine di contenere

---

<sup>248</sup> Cfr. *supra*, note nn. note 195-196 per i riferimenti.

<sup>249</sup> È il parere che venne al riguardo autorevolmente espresso da GOLDSCHMIDT, *Le società cooperative*, cit., 420.

<sup>250</sup> In merito alla volontà dello Schulze di definire la struttura della società cooperativa per via di mutuaione delle norme sulla collettiva da un lato e di quelle sull'anonima dall'altro, cfr. quanto già detto *supra*, nota n. 115.

<sup>251</sup> Cfr. *supra*, § 3, nota n. 50. Per ulteriori considerazioni intorno al significato ed alla rilevanza di tale scelta, cfr. anche la nota successiva.

<sup>252</sup> Della funzione “selettiva” del regime di responsabilità dei soci si è già ampiamente trattato *supra*, § 9. Qui fa caso precisare come, in verità, la disputa in merito a tale materia non fosse che uno soltanto dei tasselli di un dibattito ben più ampio, il quale interessava l'intera conformazione da dare alla struttura finanziaria delle società cooperative di credito, ed al cui interno, alla questione relativa alla misura della re-

il rischio di possibili “derive” speculative ed evitare la formazione di posizioni di predominio economico difficilmente compatibili con la natura cooperativa dell’ente, valendo esse, al contrario, a dare nerbo e sostanza ad un principio di eguaglianza e democrazia economica<sup>253</sup>, il quale, ove letto insieme alla ulteriore scelta di ragguagliare la misura dei dividendi al capitale versato<sup>254</sup>, ed alla chiara affermazione del ca-

---

sponsabilità dei soci, veniva intimamente ad intrecciarsi l’altro problema, appena sopra accennato, circa il modo più opportuno secondo cui frazionare e rappresentare giuridicamente il capitale sociale, in certo senso così potendosi altresì procedere a disciplinare i limiti della partecipazione del socio. Cfr., al riguardo, ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 182 s., che così introduceva il tema: «[C]onclusa la questione tanto controversa del grado di responsabilità dei soci, [...] resterebbe a trattare un altro lato della costituzione di queste banche, lato non meno spinoso e controverso, i cui effetti sono strettamente connessi con quelli attribuiti alla prima questione, vogliamo dire dell’unicità e pluralità degli apporti od azioni sociali. I difensori della responsabilità illimitata, in vista specialmente di dare un carattere esclusivamente democratico e popolare alle Società di credito cooperativo, sono anche fautori dell’unicità dell’apporto, cioè sostengono non doversi permettere ai soci di possedere più d’una azione della banca. La pluralità degli apporti, dicono essi, deve essere rigettata perché rompe l’eguaglianza sulla quale devono riposare le istituzioni cooperative. [...] Grazie a questa misura, nelle banche popolari non vi sono differenze: tutti i soci hanno lo stesso grado, gli stessi diritti, le stesse obbligazioni e la stessa responsabilità. Così, e non altrimenti, è possibile conseguire una forma di credito tanto solido quanto democratico, e capace di giovare realmente alle classi lavoratrici». Ulteriori interessanti osservazioni in WOLFF, *Co-operative Banking*, cit., 49 s. E non fu certo un caso se anche in Germania, nel momento in cui, come si è detto (cfr. *supra*, note nn. 215 e 223), si decise di favorire l’ingresso delle più agiate componenti borghesi, facilitandone gli investimenti sotto la protezione offerta dal ben più rassicurante regime della responsabilità limitata, si procedette, nel contempo, a sancire la possibilità, proprio per gli statuti delle *Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht*, di autorizzare i soci a sottoscrivere un numero plurimo di *Geschäftsanteile* (§ 128 GenG 1889), contrariamente a quanto accadeva per le cooperative (“popolari e democratiche”) costituite secondo il regime della responsabilità illimitata, in seno alle quali, viceversa, la detenibilità di più quote di partecipazione da parte dei *Genossen* venne espressamente presclusa (§§ 112 e 120 GenG 1889): cfr. GOLDSCHMIDT, *Le società cooperative*, cit., 456 ss.; e cfr. pure, sulla logica di fondo della legge del 1889, capace di dar contemperamento a vari indirizzi ed esigenze, rimettendo la determinazione dell’orientamento, per così dire, “politico” della singola cooperativa alle concrete determinazioni del suo statuto, le osservazioni di VERRUCOLI, *La società cooperativa*, cit., 16.

<sup>253</sup> Per un accenno a tale principio quale tradizionale connotato della cooperazione di credito in Germania, cfr. DEUTSCHE GENOSSENSCHAFTSBANK (a cura di), *The German Cooperative Banking System. History and Present Situation*, Frankfurt am Main, 1992, 3, 6.

<sup>254</sup> Cfr. *supra*, § 3, nota n. 54.

rattere accessorio delle eventuali operazioni concluse con i terzi<sup>255</sup> rispetto ad uno scopo mutualistico che venne, sin da subito, inequivocabilmente codificato in termini di promozione diretta, per tramite dell'attività comune, degli interessi economici dei soci<sup>256</sup>, ai quali, per giunta, non avrebbe in nessun caso potuto essere riservato un trattamento deteriore rispetto a quello accordato ai non soci<sup>257</sup>, consente di affermare che nella *Volksbank* schulziana lo scopo mutualistico trovasse sufficiente definizione sostanziale (quanto meno, per via dell'adozione delle cautele che si sono appena dette, nel senso della delimitazione del tasso di lucratività che l'istituzione poteva perseguire)<sup>258</sup>.

<sup>255</sup> Cfr. i rilievi già svolti *supra*, § 3, nota n. 63, e § 8, nota n. 191.

<sup>256</sup> «*Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Credits, des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittelst gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken*». Questa la definizione (che può leggersi, ad es., SCHUBERT (a cura di), *100 Jahre Genossenschaftsgesetz*, cit., 58) che delle *Genossenschaften*, con una formulazione che nel suo nucleo essenziale è rimasta sostanzialmente invariata nel corso del tempo, venne fornita dal legislatore del GenG del 1867-8, provvedimento normativo col quale, per giunta, l'effettivo perseguimento dello scopo mutualistico fu presidiato per tramite della previsione di una multa pecuniaria comminabile agli amministratori per il caso che questi indirizzassero l'opera loro ad affari diversi da quelli indicati nel § 1 della legge (§ 27 Abs. 2 GenG 1868), nonché, per le ipotesi più gravi, rendendo possibile la ben più significativa sanzione dello scioglimento della società per sentenza pronunciata dal Tribunale su impulso dell'autorità governativa (§ 35 Abs. 1 e 2 GenG 1868). Per approfondimenti sul modo di intendere lo scopo della cooperativa ai sensi del § 1 della legge tedesca, cfr., tra gli altri, BAUMGARTL, *Die Funktion des Förderungsauftrages in § 1 Genossenschaftsgesetz*, Nürnberg, 1979; ulteriori riferimenti anche in BATTISTOTTI, *Il compito promozionale*, cit., 259 ss. Intorno alla sanzione dello scioglimento per mancato rispetto dello scopo di promozione del benessere economico dei soci, cfr., di recente, KOBER, *Sind Genossenschaften bei Förderungszweckverstößen schlichtweg aufzulösen?*, in *ZfG* 62 (2012), 193 ss.

<sup>257</sup> Cfr. SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 263.

<sup>258</sup> Sebbene tutti gli aspetti indicati nel testo, vieppiù ove letti in combinato disposto con l'ulteriore elemento rappresentato dal carattere aperto della società («... *nicht geschlossener Mitgliederzahl* ...») sancito dal già richiamato § 1 GenG 1867-8, stessero a testimoniare una certa valenza servente dell'organizzazione del capitale rispetto ai bisogni dei soci (attuali e non) da soddisfarsi per mezzo dell'azienda comune – almeno fintantoché questi bisogni realmente sussistessero –, non v'è dubbio, tuttavia, che, sotto molti altri aspetti, le *Volksbanken* schulziane fossero state messe, tanto in punto di realizzazione pratica, quanto in punto di disciplina legislativa, in condizione di godere di criteri organizzativi e di principi normativi sufficientemente elastici da poter bene assecondare anche quelle altre esigenze di natura “filocapitalistica” che pur ne animavano il modo d'essere. Il riferimento è qui da farsi non solo al già più volte richiamato

rifiuto della pratica del ristorno (cfr. *supra*, § 3, nota n. 57, e § 8, note nn. 192-193 e testo corrispondente) – di cui, ancora oggi, non v'è traccia nella legge tedesca sulle cooperative (arg. ex § 19 GenG, sul quale cfr., per approfondimenti, BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*, cit., 331 ss.), e di cui è in effetti del tutto rara la presenza nella prassi delle banche cooperative (cfr. MÜNKNER, *Experiences with the cooperative law*, cit., 120; ID. (a cura di), *“Nutzer-orientierte” versus “Investor-orientierte” Unternehmen*, Göttingen, 2002, 133 ss.) –, bensì anche, per ragioni pur sempre attinenti all'esigenza di rendere quanto più appetibile l'investimento, alla previsione circa la piena divisibilità del patrimonio (§ 47 GenG 1868), la quale, nel mentre offriva al socio l'allettante prospettiva della capitalizzazione della quota, non v'è dubbio che venisse nel contempo a comprimere il principio di solidarietà cooperativa intergenerazionale ampiamente praticato nel settore delle casse rurali (cfr. RAIFFEISEN, *Le Associazioni*, 114 ss.), al riguardo l'unica preoccupazione dello Schulze risultando essere, ancora una volta, l'introduzione di un elemento di “democraticizzazione” nella remunerazione dell'investimento iniziale che, in questo caso, si esprimeva tramite la previsione di una ripartizione del residuo attivo di liquidazione da effettuarsi, una volta rimborsati i conferimenti iniziali – e salvo diversa previsione statutaria (§ 47 Abs. 2 GenG 1868) –, *pro capite*, anziché in proporzione alla quota di ciascun socio (cfr. SCHULZE-DELITZSCH, *Delle Unioni di credito*, cit., 152, 159). Inoltre, ove si fosse ipoteticamente voluta introdurre una certa corrispondenza tra apporto finanziario e rilievo decisionale del socio, avrebbe parimenti potuto sacrificarsi il fondamentale principio di democrazia cooperativa espresso dal principio *“ein Mann-eine Stimme”*, il quale, benché riaffermato quale generale regola dispositiva, veniva reso completamente disponibile all'autonomia statutaria, che avrebbe perciò potuto derogarvi tramite apposita previsione in tal senso (§ 10 Abs. 2 GenG 1868). Del resto, dalla lettura dei modelli di statuto redatti (o comunque promossi) dallo Schulze (e pubblicati *ivi*, 363 ss.), i quali, per esplicita ammissione dello stesso giurista tedesco, erano stati pensati per per assecondare al meglio le esigenze che (si immaginava) avrebbero accompagnato le diverse fasi del *life-cycle* delle “sue” *Volksbanken*, si ricava la chiara impressione che il percorso tracciato fosse, come si è detto, quello di una banca che, nata come cooperativa mutua e di carattere “nucleare”, fosse poi destinata a diventare, in relazione al mutato equilibrio dei rapporti imprenditoriali interni ed esterni, una cooperativa sempre più orientata al mercato e d'indole sempre più “manageriale” (sulla distinzione tra cooperativa “nucleare” e cooperativa “manageriale”, cfr. M. VELLA, *Oltre il motivo del profitto*, cit., 142, *ivi* alla nota n. 1, ove ulteriori riferimenti). Non v'è qui modo, purtroppo, di illustrare la maniera in cui i cennati aspetti siano evolutisi, talvolta anche in maniera importante, in seno ai successivi sviluppi della legislazione cooperativa tedesca, nella cui impostazione generale, comunque – e questo è certo –, l'originaria impronta “economicistica” del modello gius-cooperativo introdotto dallo Schulze non è mai venuta meno: cfr. VERRUCOLI, *La società cooperativa*, cit., 7, nota n. 6; DABORMIDA, *Le legislazioni cooperative*, cit., 451 ss., 468 ss. Per approfondimenti in ordine alle dinamiche gius-politiche intervenute nel corso del tempo a delineare la fisionomia del *Genossenschaftsgesetz*, rispetto alla definizione dei cui contenuti, a partire dalla legge del 1889, un ruolo di rilievo iniziarono ad avere anche i rappresentanti della cooperazione rurale, oltre agli Autori sopra già citati, assai utile risulta, anche in chiave di analisi comparata, la lettura dei vari contributi di GUINNANE, *New law for new enterprises*, cit., *passim*; SCHUBERT (a cura di), 100

Venendo ora a dire dell'Italia, sembrerebbe che qui il «vizioso organamento»<sup>259</sup> rappresentato dalla forma di anonima per azioni a responsabilità limitata, scelta che fu, come si è avuto modo di constatare, strumentale ad un preciso disegno egemonico del movimento cooperativo da parte della borghesia liberale<sup>260</sup>, abbia fatto esplodere quella contraddizione già presente allo stato potenziale nel prototipo schulziano in tutta la sua gravità, conducendo, praticamente da subito, almeno nella realtà delle “grandi” Popolari<sup>261</sup>, ad una netta prevalenza delle esigenze della proprietà e dell'investimento (gestione di resa) rispetto a quelle dello scopo mutualistico (gestione di servizio)<sup>262</sup>. E se per il tramite della disciplina introdotta col Cod. comm. 1882, Luzzatti riuscì, sul piano della disciplina della forma societaria, ad ovviare alle più vistose deviazioni verificatesi nel corso del quindicennio precedente<sup>263</sup>, definitivamente imponendo alle Popolari, pena l'essere parificate

---

*Jahre Genossenschaftsgesetz*, cit., *passim*; ASCHHOFF - HENNINGSEN, *Das deutsche Genossenschaftswesen*, cit., 171 ss.; BOTTERI, *Modifiche alla legge sulle cooperative*, cit., *passim*; ID., *La normativa*, cit., 87 ss.; FEDELI, *Brevi cenni sulla disciplina giuridica della cooperativa nella Germania federale*, in *Nuovo dir. agr.*, 1977, 443 ss.; CERRAI, *Il principio di democrazia nella gestione dell'impresa cooperativa: prospettive desumibili dall'esperienza tedesca per la riforma legislativa italiana*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, 41 ss.; DOLCE, *Le società cooperative in Germania*, in *Le Società*, 1993, 1721 ss.; SANGIOVANNI, *Il diritto di voto plurimo nella cooperativa tedesca. Cenni di comparazione con la riforma italiana*, nella stessa *Rivista*, 2005, 256 ss.; CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA COOPÉRATION, *La realtà cooperativa nei paesi dell'Unione Europea*, in *Riv. coop.*, 2001, 57 ss., 69 ss.; FICI, *Cooperative Identity and the Law*, EURICSE Working Paper N. 023112; nonché la consultazione, per ciò che riguarda i rilevanti materiali parlamentari e legislativi, dei documenti raccolti in BEUTHIEN - HÜSKEN - ASCHERMANN, *Materialien zum Genossenschaftsgesetz*, Voll. I-V, Göttingen, 1989-1997.

<sup>259</sup> ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 58.

<sup>260</sup> Cfr. *supra*, § 9.

<sup>261</sup> Cfr. i distinguo tra “grandi” e “piccole” Popolari in effetti presenti nelle analisi di RAVÀ, *Le banche mutue*, cit., 570; e ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 58 ss., 197, 212, 228.

<sup>262</sup> Cfr. BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, cit., 29, il quale, nel richiamare l'opinione di molti commentatori dell'epoca, constata come, nel momento in cui il Cod. comm. 1882 entrava in vigore, la prassi di molte Popolari fosse già nel senso di un comportamento analogo a quello di qualsiasi altro istituto di credito, senza che al socio venisse normalmente riservato alcuno trattamento di favore rispetto al terzo. E fu proprio il peso della «grande proprietà nella gestione del pacchetto azionario», che, a parer di DEGL'INNOCENTI, *Geografia e strutture*, cit., 7, accentuò, nel tentativo di inserimento nel mercato finanziario dominato dalle grandi banche, «la tendenza verso la prevalenza di criteri aziendalistici» su quelli della mutualità.

<sup>263</sup> Cfr. *supra*, § 7, *ivi part. note nn. 174-178 e testo corrispondente.*

alle banche ordinarie, la struttura di società cooperative<sup>264</sup>, tramite quella stessa disciplina, talvolta ricorrendo allo stratagemma di una retorica tendente, «un pò poeticamente, a magnifica[re] la parte che esercita[va] la mutualità in codesti Istituti di credito»<sup>265</sup>, egli fu pure in grado di far prevalere una concezione della cooperazione che, stante l'assenza di ogni riferimento al principio mutualistico<sup>266</sup>, fosse tale da

---

<sup>264</sup> Analogo rilievo in POLSI, *Alle origini*, cit., 256. E cfr., del resto, le osservazioni dello stesso LUZZATTI, *Relazione del Presidente dell'Associazione fra le Banche popolari italiane*, in MAIC, *Introduzione alla statistica delle Banche popolari italiane*, Roma, 1885, IX.

<sup>265</sup> Così RAVÀ, *Le banche mutue*, cit., 568. Per la notazione che, in fatto di scopo mutualistico, «Luzzatti in realtà non sapeva o non voleva distinguere, poiché per lui i confini di una impresa cooperativa e di una impresa privata sfumavano, quando fossero ugualmente esaltati in esse lo spirito di risparmio e di iniziativa», cfr. ora anche ZANGHERI, *Nascita e primi sviluppi*, cit., 72. Sul punto cfr. pure ALBERICI, *Le cooperative di credito*, cit., 68 s., a parer del quale «è innegabile che la filosofia cooperativa delle Banche popolari, dettata dal Luzzatti, si discost[asse] dai cosiddetti principi classici della cooperazione». Analogamente ad alcune delle già segnalate valutazioni riscontrabili nella letteratura tedesca (cfr. *supra*, nota n. 245), secondo l'Autore ultimo citato anche nella vicenda italiana questa deviazione dai principi si sarebbe principalmente prodotta quale conseguenza del fatto che, da Luzzatti in poi, era stata sempre respinta «la concezione della banca mutua come istituzione chiusa in se stessa», essendosene per contro propugnata una visione in termini di istituzione rivolta «a tutti i “bisognosi di credito” secondo un orientamento il cui sviluppo presuppone[va] il raggiungimento di crescenti volumi d'attività, anche attraverso un'ordinata espansione territoriale». Ciò, in definitiva, avrebbe fatto sì che «[m]entre le casse rurali, dapprima per scelta ed in seguito sulla scorta della legislazione positiva» – per la quale cfr. gli Autori ed i luoghi citati *supra*, § 4, nota n. 102 – «si sono prevalentemente informate a tali principi, le Banche popolari non hanno mai identificato in modo rigido il concetto di cooperazione con quello di mutualità».

<sup>266</sup> Cfr. BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, cit., 28. Scopo mutualistico che, invece, avrebbe trovato ben altra definizione e concretizzazione normativa in taluni altri provvedimenti pur sempre recanti l'impronta del Luzzatti, e tra i quali occorre ricordare, innanzitutto, il R.D. 9 giugno 1898, n. 230, con cui lo stesso Luzzatti, allora ministro del Tesoro, nel quadro delle già avviate riforme della legislazione sugli appalti pubblici, stabilì che gli operai ausiliari fossero ammessi in numero non superiore ai soci lavoratori e che la divisione dei proventi cooperativi avvenisse tramite ritorno a favore di tutti i lavoratori che, soci o no, avessero contribuito a produrli (*ivi*, 52, e 76 ss. per gli sviluppi successivi). Ciò, oltre a costituire prova evidente di quel (politicamente istituito) “dualismo di forme” al quale già si è accennato (cfr. *supra*, nota n. 226) – e di cui può dunque dirsi che Luzzatti fu attivo fautore –, permette altresì di sciogliere il già segnalato dubbio di ZANGHERI, *Nascita e primi sviluppi*, cit., 72, nel senso che, allorquando in ballo fossero gli interessi delle Popolari, egli più che non saper, non voleva in realtà distinguere, in termini di rilievo causale dello scopo mutualistico e di suoi

non ostare alla cooperazione borghese, che non escludesse, in altre parole, il bisogno della speculazione e dell'affare, senza di ch  le Banche popolari «non avrebbero potuto raccogliere i loro vistosi capitali»<sup>267</sup>.

## 11. Prime conclusioni

Sebbene appaia, all'esito di questo studio, ancora del tutto prematuro provare anche solo ad abbozzare un tentativo di risposta al quesito se siano, oggi, le Banche popolari imprese cooperative che realmente perseguono una funzione mutualistica, dovendosi, a tale fine, ancora raccogliere ed analizzare tutti gli altri indizi che la loro storia giuridica, nei suoi sviluppi ulteriori,   in grado di offrire<sup>268</sup>, cos  come occorrerebbe pure tener conto dell'evoluzione dello stesso concetto di scopo mutualistico all'interno del pensiero giuridico ed economico, per poi confrontarla con la posizione attualmente occupata dalla speciale disciplina delle Popolari nell'ordinamento positivo, l'aver dedicato ampio spazio ed attenzione alla fase d'avvio del credito popolare in Germania ed in Italia, permette di disporre, gi  da ora, di un'importante lente, che   appunto quella della storia d'origine del modello, attraverso cui poter meglio leggere sia le successive vicende della legislazione cooperativa italiana, sia i problemi particolari che le Banche popolari sollevano all'interno dell'ordinamento giuridico – interno<sup>269</sup> e comunitario<sup>270</sup> – contemporaneo.

Tirando le somme di quanto sin qui argomentato, appare con sufficiente certezza possibile sostenere che in entrambi i contesti analizzati,

---

conseguenti riflessi normativi, il modo d'essere e d'operare di questi istituti rispetto alle altre categorie di imprese bancarie (cfr. *supra*, nota n. 263).

<sup>267</sup> ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 200. E cfr. pure BASSI, *Le societ  cooperative*, Torino, 1995, 69.

<sup>268</sup> Cfr., per un avanzamento della ricerca, ROMANO, *Appunti sulle Banche popolari: storia e legislazione*, II. *Le Banche popolari nel Codice di commercio del 1882: consolidamento di un modello*, di prossima pubblicazione in CERADI, *Rivista on-line del Centro di Ricerca per il Diritto d'Impresa della LUISS-Guido Carli di Roma* (<http://archivioceradi.luiss.it>).

<sup>269</sup> Cfr. la letteratura citata in nota n. 228.

<sup>270</sup> Cfr. PIPITONE, *Osservazioni sulla procedura d'infrazione n. 2002/4715 riguardante la normativa sulle banche popolari italiane*, in *Cred. pop.*, 2006, 525 ss.; TONELLI, *Delle societ  cooperative*, in G. VISENTINI, *Principi di diritto commerciale*, Padova, 2006, 606 s.; ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2009, 136 s.



la “banca popolare” nacque come iniziativa a favore di tutte quelle componenti del ceto medio (capaci di risparmio) a rischio di retrocessione economica<sup>271</sup>. Ai primordi, la funzione della nuova istituzione era di tipo misto, previdenziale e bancaria insieme<sup>272</sup>, ma, superata la primissima, non sempre agevole fase d’impianto, la funzione bancaria prese ad accentuarsi – ed in certo senso anche ad autonomizzarsi –, cosicché, in breve volgere di tempo, in Italia ancor più rapidamente che in Germania, le “popolari” divennero banche a tutti gli effetti, e, senz’altro già negli anni ‘80 del XIX sec., esse si presentavano alla stregua di imprese in cui l’“anima” bancaria aveva ormai conquistato una stabile e netta prevalenza rispetto a quella mutualistica dei primordi<sup>273</sup>.

In questa loro nuova veste, ma conformemente a quelli che in realtà erano sempre stati gli intenti originari dei loro ideatori, gli istituti di credito popolare svolsero, principalmente, un ruolo di razionalizzazione *et* funzionale *et* strutturale – nel senso, cioè, tanto di diffusione del credito, quanto di correzione del processo di accumulazione del capitale – del mercato bancario, ed è proprio in quest’ottica, più che come espressione autentica dei principi classici della cooperazione, che essi debbono essere considerati<sup>274</sup>. In questa prospettiva visuale, allora, si

---

<sup>271</sup> Cfr. ALBERICI, *Le cooperative di credito*, cit., 24.

<sup>272</sup> Ampio il consenso sul punto: cfr., fra i tanti, PECORARI, *Cooperazione di credito e banche popolari*, cit., 174; PETROVICH, *Luigi Luzzatti*, cit., 477; CAFARO, *Raiffeisen*, cit., XX; e PIPITONE, *Scopo mutualistico*, cit., 10.

<sup>273</sup> Cfr. le osservazioni di BELLÌ - BROZZETTI, voce *Banche popolari*, cit., 161.

<sup>274</sup> Talvolta si è anche parlato di «democratizzazione del credito»: cfr. DEGL’INNOCENTI, *Luigi Luzzatti*, cit., 442. Al di là delle parole utilizzabili, sta di fatto che, anche i più strenui oppositori del sistema Luzzatti, limitando in questo frangente il campo d’indagine al solo caso italiano, tendevano a riconoscere alle Banche popolari l’«utilità che [esse] apportarono allo sviluppo del credito in generale nelle città e nelle borgate», mentre, «[q]uanto alla genesi e lo svolgimento delle diverse operazioni, sconti, prestiti, anticipazioni, depositi, risparmi, ec.», si ripeteva «ancora una volta di non comprendere come ed in che le Banche popolari differis[sero] dalle Banche ordinarie [...]». Nè le promesse delle Banche popolari lusingano essere più o meno liberali di quelle d’ogni altra Banca che curi gli affari e non le utopie». Così si esprimeva ROSSI, *Del credito popolare*, cit., 242. Non dissimilmente, RAVÀ, *Lo Sviluppo del credito*, cit., 1045, aveva poi osservato: «[n]on dubbio che il credito si sia esteso immensamente in grazia delle Banche popolari; ma non sempre, nè dovunque raggiunsero gli scopi che tali Istituti sembrava dovessero precipuamente prefiggersi. Le Banche popolari divennero un potente intermediario fra il ceto borghese, i piccoli commercianti, ecc., e quella elevata aristocrazia bancaria che un giorno dettava legge ai mercati; in talune località

può sostenere che le “banche popolari” abbiano bensì svolto una funzione mutualistica, e che l’abbiano svolta nella misura in cui riuscirono effettivamente ad offrire ad i soci una prestazione – il credito – altrimenti non ottenibile sul mercato<sup>275</sup>. Il che, tuttavia, avvenne – ecco l’aspetto forse più importante – per mezzo di una gestione mutualistica che, al fine di assecondare anche quelle altre ragioni ed esigenze connaturate al progetto di cui pure ampiamente s’è detto, si presentò, quasi sin da subito, come “spuria”<sup>276</sup>, ad essa essendo tutt’altro che estraneo, cioè, il lucro da intermediazione<sup>277</sup>.

---

anzi, per es., Milano, Genova e Bologna, giunse persino a gareggiare con essa, per non dire a superarla. Ai nostri occhi un tal fatto prova soltanto lo scarso sviluppo che il credito aveva anteriormente; e come per la necessità stessa delle cose queste modeste associazioni di credito raggiunsero in breve un grado di floridezza insperato. [Tuttavia, u]no dei distintivi più spiccati della cooperazione si è quello di elevare man mano la potenza finanziaria dei operatori; ma questo concetto si è a poco a poco smarrito nelle principali Banche popolari italiane». Letture di questo tipo si trovano ancora oggi riproposte nella storiografia più recente. POLSI, *Alle origini*, cit., ad esempio, conclude la sua ampia digressione sostenendo che le Popolari «hanno rappresentato forse la via di maggiore efficacia nella modernizzazione del sistema creditizio, e il canale di ingresso, in un mercato dei capitali, certo chiuso e circondato di molteplici garanzie, di una borghesia produttiva e redditiera apparentemente aliena dall’impegnarsi troppo apertamente nel vasto campo dell’anonima».

<sup>275</sup> Furono, in altre parole, “vere” cooperative ove di cooperativa si ritenga di accogliere la lata nozione rinvenibile in RABBENO, *La cooperazione in Italia*, cit., 4 ss., 22 ss., nella quale, come già si è avuto modo di rilevare (cfr. *supra*, nota n. 233), l’accento è posto sullo svolgimento in comune, per mezzo della cooperativa, di una certa funzione imprenditoriale da parte di quanti abbiano necessità di sopperire ad un bisogno comune che non riuscirebbero a soddisfare ove si rivolgessero al mercato (se non eventualmente sopportando costi molto più elevati). Intorno a questa nozione cfr. anche ID., *Le società cooperative di produzione*, cit., 486 s. Ulteriori ragguagli in MAGLIULO, *Gli economisti e la cooperazione*, cit., 30 ss. Per un richiamo a questa concezione di un «vantaggio mutualistico» inteso quale disponibilità di una «prestazione altrimenti non raggiungibile», cfr., nella più recente produzione giuridica, BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., 159, ivi nota n. 161.

<sup>276</sup> Della cooperazione “spuria” giungendo, anzi, in breve volgere di tempo, ad essere considerate come il più tipico degli esempi: cfr. BELLÌ - BROZZETTI, voce *Banche popolari*, cit., 159.

<sup>277</sup> Assume qui evidente rilievo il significativo livello di attività svolta coi terzi, unitamente alla ripartizione dell’utile di gestione sotto forma di dividendi sulle azioni, anziché tramite il ristorno, il quale è l’unico strumento effettivamente in grado di “redistribuire” in funzione dell’impiego dei servizi della società, anziché dell’investimento di capitale, l’utile (o il risparmio di spesa) che la cooperativa, in quanto impresa, mira comunque a conseguire. Per ulteriori considerazioni su un tema che non è qui possibile trattare in dettaglio, cfr., oltre agli autori già citati in nota n. 192, tanto con riferimento

Ciò ha fatto sì che, per utilizzare la parole di un saggio recente, sin dalla loro “preistoria”, le vicende delle “banche popolari” siano state percepite come quelle di un «difficile incontro tra una funzione mutevole ed il codice organizzativo della società cooperativa»<sup>278</sup>. La ragione la si è individuata nel costante rifiuto di sacrificare, in nome di una mai troppo desiderata “purezza” mutualistica, le aspirazioni di crescita insite nel progetto, le quali richiedevano, innanzitutto, una gestione bancaria prevalentemente orientata ad assorbire criteri di efficienza operativa<sup>279</sup>, necessari affinché il movimento del credito popolare non rimanesse ai margini dell’attività economica<sup>280</sup>.

Così facendo, le “banche popolari” non solo hanno mostrato, per la prima volta, il *trade-off* che (può) esiste(re) tra mutualità ed efficienza economica, tra democraticità nello svolgimento della funzione imprenditoriale ed esigenze di crescita aziendale<sup>281</sup>, così storicamente anticipando problemi che l’esperienza cooperativa (anche in altri settori) e, di conseguenza, la riflessione teorica che la riguarda<sup>282</sup>, avrebbero do-

---

all’impresa cooperativa in genere, quanto alle cooperative di credito in particolare, le osservazioni nel corso del tempo svolte, tra gli altri, da WOLFF, *Co-operative Banking*, cit., 52 s.; TUCCARI, *L’ideale e il vero nelle funzioni delle banche popolari*, in *Giornale degli economisti*, 1913, 418 ss.; CUNCZ, *Sui principi essenziali della società cooperativa*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, 288 s.; TAMAGNINI, *Le Casse Rurali*, cit., 16 ss.; CAFARO, *La solidarietà efficiente*, cit., 148; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2002, 489.

<sup>278</sup> SALAMONE, *Le banche popolari*, cit., 597.

<sup>279</sup> Cfr. PETROVICH, *Luigi Luzzatti*, cit., 477.

<sup>280</sup> Cfr. quanto osservato *supra*, note nn. 194, 234-240 e testo corrispondente.

<sup>281</sup> Sono aspetti ai quali si è già accennato *supra*, nota n. 245. Per un’introduzione a quella concezione, diffusa specie tra gli economisti, secondo cui vi sarebbe – o rischerebbe molto seriamente di prodursi – un insanabile conflitto tra (sostanziale rispetto dei) principi cooperativi e grandi dimensioni delle strutture d’impresa, cfr., specificamente, GOGLIO - LEONARDI, *Le radici del credito cooperativo*, cit., 9 ss. Cfr. pure, per lo più in senso critico, BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, cit., 89, ivi nota n. 170 e testo corrispondente, ove ulteriori riferimenti.

<sup>282</sup> Cfr. SAPELLI, *La cooperazione come impresa*, cit., 273 ss., ove si osserva che, nel momento in cui la cooperativa «come impresa, come soggetto economico [si trovi] costrett[a], per la sua stessa natura, quando raggiunge determinati livelli dimensionali, a misurarsi con i problemi dell’efficienza e della redditività», il conseguente «problema teorico consisterà [...] nell’analisi del suo comportamento», poiché, «presupponendo come acquisiti i vincoli posti a quest’ultimo dalla concorrenza presente sui mercati», occorrerà considerare che «se [essa] può sorreggere l’azione della cooperativa, può anche condizionarne lo sviluppo». Assai utile, sul punto, anche la lettura di BONFANTE, *Cooperativa e “porta aperta”: un principio invecchiato?*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 392

vuto affrontare nel tempo a venire<sup>285</sup>, ma hanno altresì giocato un ruolo determinante, avendone l'influenza politica e il peso necessario per farlo, perché, dal punto di vista giuridico, quelle aspirazioni di crescita potessero realizzarsi all'interno di un quadro legislativo che della mutualità consentisse di praticare una versione "elastica", elemento imprescindibile per favorire la loro operatività sul mercato generale e, quindi, agevolarne la concorrenza con le imprese bancarie ordinarie; ciò che a sua volta era percepito come indispensabile proprio per evitare il rischio di essere condannate a condurre un'esistenza tutta rinchiusa in se stessa, alla stregua di imprese cooperative a bassa potenzialità economica<sup>284</sup>.

E se è vero che queste richieste trovarono particolarmente disponibile tanto il legislatore tedesco, quanto quello italiano, è anche vero, però, che, in ragione di una serie complessa di fattori per lo più attinenti alle differenti impostazioni date ai due movimenti dai rispettivi promotori ed alle diversità politico-istituzionali e socio-economiche degli ambienti di riferimento, assai diverso fu stato il risultato ultimo cui l'originario processo legislativo condusse: da un lato, in Germania le cooperative di credito vennero sin da subito collocate – e da allora sono rimaste sempre saldamente disciplinate – all'interno della cornice generale del *Genossenschaftsgesetz*<sup>285</sup>, la cui architettura, sin dalla prima versione del 1867-8, fu sviluppata muovendo da una chiara ed inequivoca definizione dello scopo mutualistico in termini di *Förderun-*

ss., part. 415 ss. Con specifico riguardo alle "banche popolari", v'è inoltre da dire che l'intensità con cui questo tipo di problematiche si sono manifestate, è risultata tale da indurre certa autorevole dottrina a sollevare la questione se il credito non sia, per avventura, attività non suscettibile di essere esercitata attraverso i canoni della mutualità: cfr. BUONOCORE, *I problemi delle Casse rurali tra tradizione e crescita*, in ABBADESSA - FUSCONI (a cura di), *Mutualità e formazione del patrimonio nelle casse rurali*, Milano, 1985, 6, 18.

<sup>285</sup> Nello stesso senso la lettura di BELLI - BROZZETTI, voce *Banche popolari*, cit., 158, i quali parlano di un «trade off (forse fatale) fra la qualità e la quantità [...] che finisce per aggredire [...] il concetto medesimo di mutualità», e che, all'interno dell'esperienza cooperativistica tutta insieme considerata, «la cooperazione di credito [...] per certi aspetti [...] ha storicamente anticipato».

<sup>284</sup> Ci si avvale qui dell'espressione impiegata da BONFANTE, *La legislazione cooperativa*, cit., 215.

<sup>285</sup> L'osservazione per cui in Germania è soprattutto il GenG la «legge che determina i tratti essenziali di questi istituti, essendo invece [la legge bancaria] comune a tutte le banche», è svolta anche da CRESPI, *Germania*, cit., 58.

*gszweck*<sup>286</sup>, vale a dire come promozione/potenziamento delle economie individuali dei soci in via diretta, ossia per tramite dell'azienda comune, dovendo la cooperativa rendere strumentale a tale scopo ogni altra attività diversa dal servizio al socio che essa volesse eventualmente intraprendere<sup>287</sup>; dall'altro lato, in Italia l'introduzione di quella disciplina "ad immagine e somiglianza" degli istituti di ispirazione luzzattiana<sup>288</sup>, portò invece, dapprima, ad un diritto comune che della società cooperativa «non [...] dette alcuna determinazione concettuale»<sup>289</sup>, dando poi

---

<sup>286</sup> Cfr. *supra*, nota n. 254 e testo corrispondente.

<sup>287</sup> Rileva BOTTERI, *La normativa*, cit., 87 ss., che, nell'ordinamento giuridico tedesco, il ricorso alla forma della società cooperativa «viene condizionat[o] al fatto che ci si proponga di soddisfare determinati bisogni economici: la cooperativa è così l'unica forma societaria per la quale la forma giuridica presuppone obbligatoriamente il perseguimento di determinati fini economici. [...] Risulta qui decisivo il fine di potenziamento ("Foerderungszweck") delle attività dei soci o delle loro economie domestiche: un fine avente comunque carattere economico, che si persegue impiegando un mezzo, l'azienda economica comune, la cui attività è intesa ad incrementare "direttamente" il reddito dell'attività o delle economie domestiche dei soci; non cioè, "indirettamente", come avviene nelle società commerciali non cooperative, che devolvono ai soci un guadagno ricavato attraverso affari con persone estranee alla società». Sul punto cfr. anche DABORMIDA, *Le legislazioni cooperative*, cit., 469; FICI, *Cooperative Identity*, cit., 21, ivi nota n. 62 e testo corrispondente; nonché quanto già aveva a suo tempo autorevolmente osservato VIVANTE, Nota ad App. Roma, 14 luglio 1890, cit., 946: «da questo indirizzo della pratica e della dottrina tedesca ne viene un autorevole ammonimento per noi, che abbiamo seguito fin ora con grande profitto l'esperienza di quel paese. Esso ci avverte che la funzione industriale di quelle imprese deve svolgersi normalmente a servizio dei soci, e se estendono il loro esercizio al pubblico, devono farlo solo come un mezzo per compiere più utilmente la loro funzione industriale rispetto ai soci». Per la letteratura tedesca, cfr., *ex plurimis*, MÜNKNER, *Co-operative Principles*, cit., 37; ASCHHOFF - HENNINGSSEN, *Das deutsche Genossenschaftswesen*, cit., 171; e BEUTHIEN, *Genossenschaftsgesetz*, cit., 7, il quale parla di «zweckgebundene Vereinigungsform».

<sup>288</sup> Cfr. *supra*, nota n. 219 e testo corrispondente.

<sup>289</sup> In questo senso l'autorevole parere di VERRUCOLI, *La società cooperativa nella legislazione italiana: dal Codice di commercio del 1882 al Codice civile del 1942*, in FABBRI (a cura di), *Il movimento cooperativo nella storia d'Italia 1854-1975*, Milano, 1979, 799. Adde BELLI, *Spunti e riflessioni sull'evoluzione della legislazione in materia cooperativa*, in *Le opportunità del nuovo diritto societario per le imprese cooperative*, a cura dell'Osservatorio Regionale Toscana sulla Cooperazione, Firenze, 2005, 10, nel constatare come il Cod. comm. 1882 non prevedesse «alcuna disposizione che dalla scorsa della struttura, del modulo organizzativo, discend[esse] al nòcciolo, alla "causa", del contratto di società e si pon[esse] a garanzia della corrispondenza fra forma e sostanza». Del resto, che per tramite di quel codice il legislatore non avesse caratterizzato la società cooperativa in ragione del perseguimento di un fine particolare, avendo mancato di sancire un inscindibile nesso tra cooperazione e mutualità, è un concetto

avvio, in un secondo momento, ad un processo di legislazione speciale<sup>290</sup> che ha inciso pregnantemente sullo stesso modo d'essere causale

---

che apparve subito chiaro ai commentatori dell'epoca: cfr. VIVANTE, *Trattato*, cit., 489 ss.; VIDARI, *Corso*, cit., 349 ss.; NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, Vol. V, Torino, 1921, 5 ss. Le scelte compiute col Cod. comm. 1882 segnarono un evento assai rilevante anche dal punto di vista teorico e culturale, poiché, come nota ROTONDI, *Mercato e sviluppo economico*, cit., 59 ss., fu a partire da quel momento che, di fronte alla scelta del legislatore di «sancirne la natura di impresa assimilabile a quelle tradizionalmente operanti nel mercato [...] emer[se] il problema per gli economisti di come ricomprendere entro orizzonti di teoria economica» – ma che ben presto sarebbero diventati anche orizzonti di teoria giuridica – «gli elementi sociali e politici [alla cooperazione] con evidenza intrinseci». Il prodotto più significativo di quel dibattito sarebbe stato, nel decennio successivo, il celeberrimo saggio di PANTALEONI, *Esame critico dei principi teorici della cooperazione*, in *Giornale degli economisti*, 1898, 205 ss., nel quale, come noto, fu sostenuta l'inesistenza di ogni specifico principio economico della cooperazione, considerata anch'essa una forma d'impresa basata, al pari di qualsiasi altra, sull'egoismo individuale dei membri. Per ulteriori dettagli in merito all'evoluzione del pensiero economico intorno all'impresa cooperativa, cfr., indicativamente, VERRUCOLI, *La società cooperativa*, cit., 45 ss.; MAGLIULO, *Gli economisti e la cooperazione*, cit., *passim*; M. VELLA, *Oltre il motivo del profitto*, cit., 123 ss.; SAPELLI, *La cooperazione come impresa*, cit., 254 ss.; e JOSSA, *Cooperativismo e teoria economica*, in BUONOCORE - JOSSA, *Organizzazioni economiche non capitalistiche. Economia e diritto*, Bologna, 2003, 25 ss.

<sup>290</sup> Che le ha condotte – specie dopo che, pur con tutti i limiti ed i dubbi del caso, un nesso tra forma cooperativa e sostanza mutualistica sembrava essere stato finalmente sancito dagli artt. 2511 e 2515, co. 2, Cod. civ. 1942 – allo speciale statuto di cui al D.Lgs. n. 105/48 (e succ. modd.) e, da questo, al TUB del 1993, passando per la L. 17 febbraio 1992, n. 207 e per il D.Lgs. 14 dicembre 1992, n. 481: sull'evoluzione della normativa sulle Banche popolari, nella quale è apparsa evidente la costante volontà del legislatore di collocarle in una posizione del tutto speciale rispetto al diritto cooperativo comune, col quale i rapporti si sono mostrati alquanto “difficili”, cfr., tra gli altri, COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 388 ss.; ID., *La cooperazione di credito nel quadro della riforma della legislazione cooperativistica*, in BUCCI – CERRAI (a cura di), *La riforma della legislazione sulle cooperative*, Milano, 1979, 341 ss.; BASSI, *Le banche popolari tra testo unico e codice civile*, in *Studi in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, Vol. I, Padova, 1997, 37 ss.; PIPITONE, *Scopo mutualistico*, cit., *passim*; ID., *Le azioni delle Banche popolari nella legge 17 febbraio 1992, n. 207*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1993, II, 27 ss.; BELVISO, *Scopo mutualistico*, cit., 45 ss.; BROZZETTI, *Le cooperative di credito nel decreto n. 481 del 1992: alcune riflessioni sulle fusioni eterogenee*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria*, Bari, 1993, p. 181 ss.; CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e Testo Unico Bancario*, *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 39, 1995; M. RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, I, 308 ss. Peraltro, il dibattito in merito all'esigenza di collocare il credito popolare in posizione affatto speciale rispetto alla cooperazione *tout court* ha anch'esso ra-

delle Banche popolari<sup>291</sup>, segnando così anche formalmente l'avvio di quella frattura tra cooperazione e credito popolare che da allora non sarebbe stata più ricomposta<sup>292</sup>.

---

dici molto antiche, se è vero che discussioni di questo tipo vennero avviate già sul finire del XIX sec., allorquando, a più riprese, si tentò – senza successo, giusta l'influenza che il movimento seppe spiegare in sede politica – di confinarle nell'area della “società a capitale variabile”. Fondamentali, sul punto, gli scritti di VIVANTE, *I limiti della cooperazione*, in *Foro it.*, 1890, I, 940 ss.; ID., *Le società cooperative e la riforma del codice di commercio*, in *Temi ven.*, 1894, 285 ss.; e di GOBBI, *Relazione sulla società a capitale variabile; Società a capitale variabile e società cooperative; La riforma della cooperazione*, raccolti nel volume *La cooperazione dall'economia capitalista all'economia corporativa*, Milano, 1932, 133 ss., 137 ss., 147 ss.; ma cfr. pure RODINO, *Dei pericoli*, cit., *passim*. Ampia ricognizione del tema è poi stata svolta, nella letteratura più recente, da PIPITONE, *Scopo mutualistico*, cit., 21 ss.

<sup>291</sup> Cfr. BUONOCORE, *I problemi delle Casse*, cit., 12 s.

<sup>292</sup> DEGL'INNOCENTI, *Luigi Luzzatti*, cit., 448. Sul piano associativo, invece, quella frattura fu ben visibile sin dal primo congresso dei operatori italiani, tenutosi a Milano dal 10 al 13 ottobre 1886, in occasione del quale l'appello del comitato promotore venne rivolto alle cooperative di consumo, di costruzione, di produzione e di credito, con tendenziale esclusione, però, delle Banche popolari, mentre non mancarono di essere rivolti, in quella stessa occasione, vari elogi al sistema delle Casse rurali (cfr., per gli opportuni ragguagli, ZANGHERI, *Nascita e primi sviluppi*, cit., 75 ss., 94, ivi alla nota n. 116). Le Popolari, del resto, vollero sempre svolgere dei propri, separati congressi, e quando, nel 1890, venne pubblicato l'importante saggio statistico di BODIO, *Le Associazioni cooperative in Italia. Saggio statistico*, Roma, 1890, esse vi furono citate solo per “memoria”, essendo ormai comune ai più, tra la fine del XIX e gli inizi del XX secolo, la percezione che, «[d]opo circa mezzo secolo di vario, ma intenso sviluppo il movimento cooperativo si presenta[sse] in Italia [...] articolato in due grandi settori: quello delle banche popolari e quello delle altre forme di cooperazione»: GALASSO, *Gli anni della grande espansione e la crisi del sistema*, in ZANGHERI - GALASSO - CASTRONOVO, *Storia del movimento cooperativo*, cit., 219.

**ALTRI SAGGI**





**IL RAPPORTO BANCA-INDUSTRIA NELLA NUOVA  
DISCIPLINA DI VIGILANZA IN MATERIA DI  
PARTECIPAZIONI DETENIBILI DALLE BANCHE E DAI  
GRUPPI BANCARI**

**Maria Elena Salerno**

*Ricercatore in Diritto dell'Economia nell'Università di Siena*

*La materia delle partecipazioni delle banche in altre imprese è stata oggetto di disciplina comunitaria a partire dalla direttiva n. 89/646/CEE. La natura di normativa di "armonizzazione minima" di quest'ultima ha consentito al nostro legislatore di stabilire una disciplina prudenziale al riguardo non solo più restrittiva di quella comunitaria ma soprattutto ancorata al principio di separatezza tra il settore bancario ed il settore industriale.*

*Solo di recente, sulla scia dell'orientamento più liberista imposto a livello comunitario, il nostro ordinamento non ha potuto che adeguarsi ai tempi; tempi in cui le esigenze di capitalizzazione delle imprese richiedono un ampliamento dei canali di finanziamento realizzabile anche attraverso gli apporti di capitale in forma partecipativa.*

*Il presente contributo analizza la rinnovata disciplina di vigilanza in tema di partecipazioni detenibili con particolare attenzione al relativo impatto sul rapporto banca-industria.*

*Banks' holdings have been regulated since the Directive n. 89/646/EEC was issued. The "minimum harmonization" feature of that provided framework allowed our regulator to establish a prudential discipline both more restrictive than the EU applicable, and still inspired to the separation between banking and industrial sector.*

*Nevertheless, our regulatory system changed recently yet, to conform itself to the liberal tendency suggested in the EU context and to face the companies capitalization needs.*

*This paper focuses on the renewed prudential regulation on banks' holdings and on its effects on the bank-industry relationship.*

Sommario:

1. Introduzione

2. La normativa comunitaria di riferimento
3. La deliberazione del Cidr del 29 luglio 2008
4. Le disposizioni di vigilanza sulle partecipazioni detenibili dalle banche e dai gruppi bancari
  - 4.1. Disposizioni di carattere generale: finalità, ambito di applicazione e destinatari della disciplina
  - 4.2. Limite generale agli investimenti in partecipazioni ed in immobili
  - 4.3 Limiti alle partecipazioni detenibili in imprese non finanziarie
  - 4.4. Partecipazioni temporanee
  - 4.5. Partecipazioni in banche, in imprese finanziarie, in imprese assicurative ed in imprese strumentali
  - 4.6. Investimenti indiretti in *equity*
  - 4.7. Regole organizzative e di governo societario
  - 4.8. Banche di credito cooperativo e banche di garanzia collettiva
5. Conclusioni

## 1. Introduzione

Le partecipazioni delle banche in altre imprese (finanziarie e non) e viceversa sono state oggetto di disciplina comunitaria a partire dalla seconda direttiva in materia bancaria e creditizia, la n. 89/646/CEE.

Sin dal primo momento, con riguardo all'assunzione di interessenze da parte di banche in altri enti, di natura creditizia, finanziaria o industriale, la normativa europea, a differenza di quanto previsto per l'altra faccia del rapporto - partecipazioni nelle banche<sup>1</sup> -, è apparsa piuttosto precisa. Ciò non toglie che, essendo la stessa contenuta in una direttiva di "armonizzazione minima", si consentivano "deviazioni al rialzo" da parte di ciascuno Stato membro, purché ciò non si traducesse in un ostacolo *«a che le attività ammesse a beneficiare del riconoscimento reciproco [potessero] essere esercitate allo stesso modo che nello Stato membro d'origine»*, ergo in ostacolo alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi quali strumenti essenziali per la realizzazione del mercato interno decisa con l'Atto unico europeo e programmata nel Libro bianco della Commissione.

Il nostro legislatore si è da sempre avvalso di tale facoltà con riferimento agli organismi autorizzati dalle autorità nazionali competenti, stabilendo una disciplina prudenziale in materia non solo più restrittiva di quella comunitaria riguardo ai limiti partecipativi, ma soprattutto avente come filo conduttore il c.d. principio di separatezza tra il settore bancario ed il settore industriale.

Solo di recente, sulla scia della svolta radicale impressa a livello comunitario con riferimento alla disciplina delle partecipazioni nelle banche, là dove è in vigore dal 2007 una direttiva di armonizzazione massima di stampo certamente più liberista<sup>2</sup>, il nostro ordinamento non

---

<sup>1</sup> Per ciò che concerne l'acquisizione di partecipazioni nelle banche, il legislatore comunitario si limitava ad imporre, sia in sede di costituzione che durante la vita dell'impresa creditizia, una necessaria valutazione della "qualità" degli azionisti da parte delle autorità competenti, al fine di verificarne la conformità al parametro della sana e prudente gestione dell'ente creditizio; valutazione che, in ogni caso, rimaneva circoscritta a coloro che nella banca arrivassero a detenere, in seguito all'operazione, una partecipazione qualificata (intendendosi per tale *«una partecipazione in un'impresa, diretta o indiretta, non inferiore al 10 per cento del capitale sociale o dei diritti di voto oppure che comporta la possibilità di esercitare un'influenza notevole sulla gestione dell'impresa in cui è detenuta una partecipazione»*).

<sup>2</sup> Ci riferiamo alla direttiva n. 2007/44/CE (5 settembre 2007), che modifica la direttiva 92/49/CEE del Consiglio e le direttive 2002/83/CE, 2004/39/CE,

ha potuto che adeguarsi ai tempi; tempi in cui le esigenze di capitalizzazione delle imprese richiedono un ampliamento dei canali di finanziamento realizzabile anche attraverso gli apporti di capitale in forma partecipativa, a cui gli enti creditizi italiani, nel caso di mancato allentamento dei vincoli amministrativi in materia, non avrebbero potuto rispondere, con evidente penalizzazione dal punto di vista concorrenziale rispetto alle imprese bancarie di altri Paesi soggette a discipline meno stringenti.

*Rebus sic stantibus*, una serie di decisioni assunte dalle autorità amministrative di settore - sulla base delle previsioni contenute negli artt. 53, co. 1, lett. c), e 67, co. 1, lett. c), del tub (d.lgs. n. 385/1993) - per ciò che concerne il profilo delle partecipazioni non finanziarie, abbattano definitivamente lo steccato tra banca e industria, e, con riguardo alle partecipazioni finanziarie, introducono una notevole semplificazione delle soglie autorizzative precedentemente previste. Tali decisioni sono rinvenibili nella delibera del CICR n. 276 del 28 luglio 2008 e nella conforme disciplina in materia di partecipazioni detenibili dalle banche e dai gruppi bancari introdotta dalla Banca d'Italia con l'inserimento, in data 12 dicembre 2011, del Tit. V - Cap. 4 nelle *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale*<sup>5</sup>.

Ricordiamo che un allentamento dei rimedi a monte volti alla prevenzione dei conflitti di interesse derivanti da rapporti partecipativi ha contestualmente richiesto una modifica delle misure a valle dirette a fronteggiare in modo più efficace l'insorgere concreto di potenziali e probabili situazioni di questo tipo. Queste misure sono contenute nella nuova disciplina in tema di attività di rischio e conflitti di interesse nei confronti di soggetti collegati, contenuta nella delibera del Cicr n. 277 del 2008 e nelle conformi Disposizioni della Banca d'Italia di cui al cap. 5 del Tit. V delle *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale*.

---

2005/68/CE e 2006/48/CE per quanto riguarda le regole procedurali e i criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario, pubblicata in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, 21 settembre 2007, n. L 247.

<sup>5</sup> Queste sono contenute nella Circolare della Banca d'Italia n. 263 del 27 dicembre 2006, che recepisce le direttive comunitarie 2006/48/CE e 2006/49/CE ed il documento del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, *Convergenza internazionale della misurazione del capitale e dei coefficienti patrimoniali. Nuovo schema di regolamentazione* (cd. "Basilea II").

Il lavoro si propone di analizzare i provvedimenti in materia di partecipazioni detenibili al fine di cogliere le novità e gli eventuali problemi che si pongono in sede di interpretazione e di applicazione della disciplina. Un cenno merita dapprima la matrice di natura comunitaria.

## **2. La normativa comunitaria di riferimento**

La disciplina in tema di partecipazioni delle banche in altre imprese, finanziarie e non, rientra tra le norme oggetto di armonizzazione minima ai fini del riconoscimento reciproco delle autorizzazioni e dei sistemi di vigilanza prudenziale, attualmente contenute nella direttiva 2006/48/CE (artt. 120-122) che, sostanzialmente, in materia mantiene inalterata la normativa di cui alla seconda direttiva banche.

Si lascia libera l'acquisizione di interessenze in enti creditizi (intendendosi per tali le banche e gli istituti di moneta elettronica), in enti finanziari (*i.e.* le imprese la cui attività principale consiste nell'acquisizione di partecipazioni ovvero nello svolgimento di una o più delle attività ammesse al mutuo riconoscimento) ed in enti che esercitano attività rappresentanti un'estensione diretta dell'attività bancaria ovvero attività ausiliarie della stessa (cfr. art. 4, n. 21, e art. 120), nonché, a discrezione dei singoli Stati membri, in imprese di assicurazione e di riassicurazione (art. 122, par. 1). Al contrario, per ciò che concerne le partecipazioni detenibili da enti creditizi in campo non finanziario (c.d. partecipazioni industriali) si stabilisce un limite globale (60%) - volto al contenimento del rischio di liquidità (c.d. limite complessivo) - ed un limite individuale (15%) - finalizzato alla prevenzione del rischio di concentrazione (c.d. limite di concentrazione) - alla relativa detenzione (cfr. art. 120 della dir. 2006/48, par. 1 e 2), assumendo come parametro di riferimento per la determinazione delle soglie partecipative, in entrambi i casi, i fondi propri dell'ente creditizio e la nozione di "partecipazione qualificata" (*i.e.* quella «partecipazione in un'impresa, diretta o indiretta, non inferiore al 10 per cento del capitale sociale o dei diritti di voto oppure che comporta la possibilità di esercitare un'influenza notevole sulla gestione dell'impresa in cui è detenuta una partecipazione» - art. 4, n. 11). Non rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina una

serie di casi di esclusione e di esenzione, di natura obbligatoria (e.g. partecipazioni detenute in via temporanea ovvero quelle che non hanno carattere di immobilizzo finanziario ovvero quelle acquisite in presenza di circostanze eccezionali, purché in quest'ultima ipotesi l'ente creditizio aumenti i fondi propri oppure adotti misure equivalenti – cfr. artt. 120 e 121) o facoltativa, in particolare lasciando ai singoli ordinamenti la possibilità di derogare ai limiti suddetti a condizione che le eccedenze rispetto a questi siano al 100% coperte dai fondi propri dell'ente e che questi siano esclusi nel calcolo dell'adeguatezza patrimoniale<sup>4</sup>.

Come si evince immediatamente, nella sua opera di mediazione tra le normative, più o meno restrittive, esistenti nei vari Stati membri, la disciplina europea non si preoccupa di mantenere separato il momento dell'industria dal momento della finanza, vietando alle banche di acquisire il controllo di imprese non finanziarie; anzi questa possibilità non è affatto esclusa, attesa la mancanza di limiti stabiliti in relazione al capitale del soggetto partecipato nonché la facoltà per i singoli Stati membri di derogare ai medesimi<sup>5</sup>. In altre parole, il legislatore comunitario si muove in un'ottica prudenziale volta *sic et simpliciter* a prevenire l'assunzione di rischi (di illiquidità e di concentrazione) eccessivi, ma non si conforma al “principio di separatezza” tra banca ed industria; principio quest'ultimo tanto caro, vuoi per ragioni storiche vuoi per ragioni culturali, ad alcuni ordinamenti, tra i quali fino a tempi recentissimi rientrava anche il nostro.

Il pericolo di distorsioni concorrenziali tra gli operatori e di eventuali arbitraggi tra le norme ha indotto una buona parte degli Stati dell'Unione ad orientarsi, già in sede di attuazione della direttiva del 1989, verso discipline più permissive, al limite uguali (Germania Francia, Regno Unito e Spagna) a quella stabilita dal legislatore europeo e considerata da quest'ultimo compatibile con una gestione dell'impresa creditizia efficiente, nella fattispecie sotto il profilo del contenimento del rischio di liquidità e del rischio di concentrazione. Per le medesime ragioni anche il nostro ordinamento ha fatto il tanto atteso (dalle banche e dalle imprese) passo nella medesima direzione a

---

<sup>4</sup> Qualora si superino entrambi i limiti, complessivo e di concentrazione, l'ammontare da coprire con i fondi pari è pari all'eccedenza di importo più elevato (art. 122, par. 2).

<sup>5</sup> Cfr. COSTI, *L'Ordinamento bancario*,<sup>5</sup> Bologna, 2012, p. 619.

partire dall'emanazione della delibera del Cidr n. 276; considerato, inoltre, che l'esistenza di vincoli operativi per le banche nella direzione indicata non appare più giustificata alla luce di un sistema di vigilanza attualmente basato «*sulla valutazione accurata di tutti i rischi, sulla loro copertura con adeguate dotazioni patrimoniali, sul controllo dei conflitti di interesse tramite presidi di governance e di trasparenza e [...] su una più efficace disciplina dei fidi concessi a soggetti collegati*»<sup>6</sup>.

### **3. La deliberazione del Cidr del 29 luglio 2008**

Conformemente al dettato comunitario, il provvedimento del Cidr, nel fissare i criteri cui la Banca d'Italia deve attenersi nell'attuazione della disciplina in materia, si muove in un'ottica di semplificazione ed obbedisce ad una visione di tipo prudenziale della normativa di vigilanza.

La prima indicazione fornita alla Banca d'Italia risponde, infatti, all'esigenza di semplificare ed alleggerire la procedura delle autorizzazioni per l'acquisizione di partecipazioni finanziarie: le soglie autorizzative, nella visione dell'organo di alta vigilanza, dovranno limitarsi, alle sole ipotesi in cui l'entità dell'acquisizione potrebbe avere un impatto rilevante sul patrimonio dell'acquirente ovvero ai casi in cui l'acquisizione comporti il controllo o l'influenza notevole su soggetti insediati in Paesi extra Unione europea, qualora i relativi ordinamenti e sistemi di vigilanza ostacolino l'esercizio della vigilanza su base consolidata; arrivando a prospettare la possibilità di diniego dell'autorizzazione nei casi in cui siffatti ordinamenti e sistemi non siano equivalenti a quelli europei ovvero non si rispetti la condizione di reciprocità.

La seconda direttiva del Comitato attiene invece alla necessità impellente di allineamento della disciplina interna in tema di detenzione di partecipazioni non finanziarie alla normativa comunitaria. Secondo le indicazioni del Cidr, la maggiore libertà lasciata alle banche in quest'area deve essere accompagnata da disposizioni dell'organo di vigilanza finalizzate, da una parte, alla

---

<sup>6</sup> Così si esprime M. Draghi, allora Governatore della Banca d'Italia, nelle Considerazioni finali del 2007 (p. 18).



prevenzione dei conflitti di interesse insiti in questa particolare tipologia di investimento attraverso la predisposizione di adeguati presidi organizzativi e di *governance* e, dall'altra, alla previsione di cautele procedurali da seguire nel caso di acquisizione di interessenze in imprese in stato di difficoltà.

Il terzo criterio concerne l'esigenza di tener conto, nel determinare l'ambito di applicazione della disciplina, dell'evoluzione sia del contesto normativo in cui si muovono le banche sia dell'ampliamento dell'operatività di queste ultime. A tal fine, la normativa in materia di partecipazioni detenibili può essere estesa a tipologie di investimento e ad apporti di capitale realizzati attraverso l'uso di strumenti innovativi (quali il *private equity*, i derivati su *equity*, gli strumenti finanziari c.d. partecipativi) che espongano la banca ai medesimi rischi derivanti dall'assunzione di partecipazioni non finanziarie.

Infine, confermando quanto già stabilito nelle precedenti disposizioni di vigilanza, il Comitato attribuisce alla Banca d'Italia la facoltà di fissare un limite generale agli investimenti in partecipazioni ed in immobili in rapporto al patrimonio di vigilanza nonché di dettare particolari regole per le banche di credito cooperativo e le banche di garanzia collettiva dei fidi, in considerazione delle relative finalità mutualistiche e peculiarità operative.

#### **4. Le disposizioni di vigilanza sulle partecipazioni detenibili dalle banche e dai gruppi bancari**

##### **4.1. Disposizioni di carattere generale: finalità, ambito di applicazione e destinatari della disciplina**

Sebbene con un anno di ritardo rispetto alla deliberazione del Cibr, la Banca d'Italia nel dicembre 2009 avvia la consultazione per la nuova disciplina in materia<sup>7</sup>, accompagnata da una relazione illustrativa e da una relazione preliminare sull'analisi (costi-benefici) d'impatto delle ipotesi regolamentari prospettate. Sulla base del resoconto della

---

<sup>7</sup> L'allora vigente disciplina secondaria della materia, emanata in attuazione degli artt. 53 e 67 del tub, era costituita dal decreto del Ministro del tesoro, Presidente del CIBR, n. 242632 del 22 giugno 1993 e dalle relative istruzioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia con Circolare n. 229 del 21 aprile 1999.

consultazione, le nuove disposizioni di vigilanza vengono definitivamente emanate nel dicembre 2011.

Gli obiettivi della disciplina, in parte già illustrati, possono riassumersi nella necessità di:

- contenere il rischio di immobilizzo dell'attivo derivante da un eccessivo grado di trasformazione delle scadenze (tra depositi, da una parte, e partecipazioni, dall'altra);
- semplificare della normativa concernente le partecipazioni di natura finanziaria, limitando la valutazione sulla relativa acquisizione alle operazioni più rilevanti;
- eliminare ogni disparità concorrenziale con gli intermediari esteri con riferimento alle partecipazioni non finanziarie;
- estendere l'ambito di applicazione della regolamentazione alle forme innovative di partecipazione al capitale dell'impresa;
- favorire assetti organizzativi e di *governance* volti a ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse;
- evitare il c.d. *regulatory arbitrage*.

La disciplina, dopo la consueta elencazione delle fonti normative di riferimento, ai fini della corretta delimitazione - oggettiva e soggettiva - del suo ambito di applicazione si snoda attraverso una serie di definizioni e l'individuazione dei destinatari.

Per ciò che concerne le definizioni, di cui terremo conto nel corso dell'indagine, in questa sede sembra opportuno soffermarsi sulle nozioni di "partecipazione" e di "partecipazione qualificata", assunte a base della disciplina.

Con riguardo alla prima, il documento di consultazione proponeva la scelta tra due soluzioni, entrambe compatibili con il quadro comunitario di riferimento. L'alternativa era tra una definizione di "partecipazione" basata sull'esistenza di un *legame durevole* tra impresa creditizia partecipante ed impresa partecipata derivante dal possesso di azioni o quote della prima nel capitale della seconda e destinata «*a sviluppare l'attività del partecipante*» ed una definizione, per così dire in negativo, basata *sic et simpliciter* su criteri di composizione del portafoglio e sulla *temporaneità del possesso*, in quanto costituita dall'insieme delle azioni o quote possedute nel capitale di un'altra impresa escluso dal portafoglio di negoziazione (c.d. *banking book* contenente cioè le transazioni bancarie a medio e lungo termine, in contrapposizione al *trading book* che include le

transazioni a breve). Seguendo la preferenza espressa dalla Banca d'Italia e nei commenti ricevuti dalle parti coinvolte, il documento definitivo opta per la prima alternativa che, come è noto, riprende quanto previsto sul punto dalla quarta direttiva sui conti annuali delle società (la n. 78/660/CEE)<sup>8</sup>. Alla base di tale scelta l'organo di vigilanza adduce una serie di giustificazioni, quali: la sua continuità con la normativa previgente, la maggiore coerenza con le finalità della disciplina dirette a ridurre il rischio di un eccessivo immobilizzo dell'attivo, il maggiore allineamento alle definizioni di partecipazione adottate ad altri fini nella disciplina prudenziale, segnatamente in quella per il calcolo del patrimonio di vigilanza. Non ostante la tendenziale condivisibilità di tale decisione, non c'è dubbio che la seconda definizione avrebbe lasciato minori margini di incertezza, includendo nella nozione di partecipazione tutti quei titoli che, indipendentemente dalla realizzazione di una situazione di «*legame durevole con la partecipata destinata a sviluppare l'attività del partecipante*», si caratterizzano in virtù di un elemento oggettivo: la temporaneità del relativo possesso. Senza contare che il significato di "temporaneità" avrebbe trovato una specificazione implicita nelle stesse disposizioni in materia, là dove tra i casi inquadrabili nella nozione di partecipazione a titolo esemplificativo si fa riferimento a quelli caratterizzati da «*un prolungato periodo di possesso dell'interessenza*» fissato oltre i 12 mesi, con la conseguenza che la detenzione per periodo inferiore a questa soglia temporale avrebbe comportato l'inquadramento oggettivo dei titoli nel c.d. *trading book* e la speculare riduzione dello spazio di discrezionalità lasciato alle autorità di vigilanza nella relativa classificazione.

Al contrario, l'assenza di oggettività nella valutazione degli strumenti finanziari legata all'uso del concetto di "legame durevole" ai fini della determinazione della nozione di partecipazione implica un significativo ampliamento della discrezionalità dell'organo di vigilanza. Non solo; ma, mancando attualmente una fattispecie armonizzata a livello comunitario di "legame durevole", le singole autorità degli Stati

---

<sup>8</sup> Ai sensi della normativa di vigilanza rientrano nella nozione di partecipazione le azioni e le quote che realizzano una situazione di legame durevole con la partecipata e sono destinate a sviluppare l'attività del partecipante, con la precisazione che il legame durevole sussiste in tutti i casi di controllo e di influenza notevole e che quest'ultima si presume quando la partecipazione sia pari o superiore al 20% del capitale o dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria.

membri potranno riempire la stessa di contenuti diversi, più o meno restrittivi, in relazione alle proprie esigenze e finalità; circostanza quest'ultima potenzialmente idonea a creare aree per possibili arbitraggi tra ordinamenti. Consapevole di ciò, la Banca d'Italia, come specifica nella relazione illustrativa, con riguardo all'espressione "legame durevole", si allinea agli orientamenti interpretativi emersi nelle sedi comunitarie di armonizzazione delle regole di vigilanza<sup>9</sup>, che inquadrano nella stessa non solo tutte le ipotesi di controllo e di "influenza notevole" ma un'ampia casistica caratterizzata da stabili relazioni strategiche, operative, organizzative e finanziarie, tra cui le ipotesi indicate a titolo esemplificativo nel documento in esame (i.e. esistenza di accordi, convenzioni, impegni ed altri legami commerciali nonché prolungamento dell'interessenza oltre i 12 mesi tra la banca partecipante ed il soggetto partecipato che consentono di sviluppare attività comuni). Ciò non toglie che altre fattispecie potranno, di volta in volta ed indipendentemente dalla durata della detenzione, essere inquadrate nella categoria dei "rapporti stabili" che l'organo di vigilanza ritenga a propria discrezione, rientranti nella definizione di "partecipazione" rilevante ai fini della disciplina in esame.

Infine, dando attuazione alle linee guida del Cidr riguardo alla necessità di estendere la disciplina alle forme innovative di investimento finanziario che comportano i medesimi effetti degli investimenti di natura partecipativa, la disciplina di vigilanza indica una serie di titoli finanziari inquadrabili nella nozione di partecipazione contribuendo a definire l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina.

Innanzitutto, si specifica che la partecipazione si realizza attraverso il possesso non solo di azioni o quote ma anche degli *strumenti finanziari c.d. "partecipativi"* introdotti dalla riforma del diritto societario, purché gli stessi si caratterizzino, in positivo, in virtù del riconoscimento di diritti patrimoniali, precisamente il diritto di partecipazione agli utili ed alla ripartizione del patrimonio netto di liquidazione o del patrimonio destinato ad uno specifico affare, ed, in

---

<sup>9</sup> Cfr. Interim Working Committee on Financial Conglomerates (IWCFC), *Recommendations to address the consequences of the differences in sectoral rules on the calculation of own funds of financial conglomerates*, aprile 2008; Joint Committee on Financial Conglomerates (JCFC) *The review of the Financial Conglomerates Directive*, maggio 2009.

negativo, dall'esclusione dell'obbligo di rimborso che, tenuto conto della disciplina amministrativa della raccolta non bancaria del risparmio (deliberazione Cicer 19 luglio 2005 e relative disposizioni di vigilanza), inquadrebbe i medesimi tra i titoli di "debito" e non di "partecipazione". In proposito, sembra utile sottolineare che l'individuazione degli strumenti finanziari rientranti nella definizione di partecipazione ai sensi della disciplina in esame non è perfettamente conforme a quella offerta dall'art. 1, co. 2, lett. *h-quater*, del tub, che trova applicazione con riferimento al regime delle partecipazioni "a monte" (nelle banche). La fonte primaria, ai fini dell'inclusione nella fattispecie delle partecipazioni, indica quale contenuto essenziale dello strumento finanziario partecipativo il riconoscimento di «*diritti amministrativi o comunque dei diritti previsti dall'articolo 2351, ultimo comma, del codice civile*» (l'attribuzione di diritti patrimoniali è implicita). Il legislatore primario, partendo dalla considerazione che solamente attraverso l'esercizio dei diritti amministrativi il partecipante potrebbe influire sulla gestione della partecipata creando una situazione di potenziale conflitto di interessi, nello specificare il contenuto della nozione di "partecipazione" ha ritenuto necessario il richiamo espresso alla presenza di quei diritti, in quanto mentre è impensabile l'esistenza di uno strumento finanziario dotato di diritti amministrativi e non patrimoniali, l'ipotesi contraria è altamente probabile. Da ciò si deduce che, ai sensi della normativa primaria, lo strumento finanziario che attribuisca esclusivamente diritti di natura patrimoniale non rientra nella nozione di partecipazione. Al contrario, le disposizioni di vigilanza, affinché lo strumento finanziario possa considerarsi "partecipativo", fanno esplicito riferimento al riconoscimento, *sembrerebbe necessario* (si parla di «*strumenti finanziari, diversi dalle azioni, [...] che [...] danno diritto a una quota degli utili dell'attività ovvero a una quota del patrimonio netto risultante dalla liquidazione dei beni dell'impresa o del patrimonio destinato a uno specifico affare*») di diritti patrimoniali. Non solo, ma la deliberazione del Cicer del 2008 attribuisce espressamente alla Banca d'Italia la facoltà di «*estendere la disciplina di cui alla presente delibera ad altri investimenti e apporti comportanti il coinvolgimento della banca e del gruppo bancario nel rischio di impresa, ivi compresi gli strumenti finanziari che non attribuiscono diritti amministrativi e i contratti derivati su equity*». E la Banca d'Italia, nel dare attuazione alle prescrizioni dell'organo di alta vigilanza sancisce la necessaria presenza

di diritti patrimoniali ai fini della riconducibilità dello strumento finanziario nella nozione di partecipazione. *Rebus sic stantibus*, nel tentativo di conciliare le due definizioni di partecipazione, di cui al tub ed alle disposizioni di vigilanza, non è possibile concludere che, data la prevalenza della fonte legislativa su quella amministrativa, lo strumento finanziario, diverso dalle azioni, inquadrabile nella nozione di “partecipazione” ai fini della disciplina in esame, debba necessariamente caratterizzarsi, in positivo, per la contestuale attribuzione di diritti amministrativi, come imposto dal testo unico bancario, e di diritti patrimoniali, come richiesto nelle disposizioni di vigilanza. Questa interpretazione implicherebbe una notevole restrizione dell’ambito di applicazione della normativa in materia di partecipazioni detenibili, in quanto se l’attribuzione esplicita di diritti amministrativi implica anche il riconoscimento di diritti patrimoniali, lo stesso non può dirsi dell’ipotesi contraria, per cui non rientrerebbero nella nozione di “partecipazione” ai fini della disciplina in esame quegli strumenti finanziari che, pur attribuendo diritti patrimoniali, non riconoscono al relativo detentore diritti amministrativi. Al fine di dare un’interpretazione maggiormente plausibile, bisogna tener conto della finalità delle discipline in cui si inseriscono le due diverse definizioni di partecipazione. Quella del tub viene utilizzata nella normativa delle partecipazioni nelle banche (partecipazioni “a monte”) che ha come punto di riferimento la banca partecipata ed è volta a dare trasparenza agli assetti proprietari al fine di prevenire il rischio di conflitti di interesse derivante da un’eccessiva ingerenza del partecipante nella gestione della partecipata; ingerenza possibile solamente se alla partecipazione è connesso l’esercizio di diritti amministrativi. La disciplina delle partecipazioni detenibili (partecipazioni “a valle”), invece, ha come punto di riferimento la banca partecipante ed è diretta, oltre che a gestire i potenziali conflitti di interesse derivanti da rapporti partecipativi, a contenere il rischio di un eccessivo immobilizzo dell’attivo ed il rischio di concentrazione; rischi che possono emergere qualunque natura assumano i diritti connessi alla partecipazione. Per questa ragione potremmo ritenere che il Cnr e successivamente la Banca d’Italia, partendo dalla considerazione che all’attribuzione espressa di diritti patrimoniali non necessariamente si accompagna il riconoscimento di diritti amministrativi (mentre si verifica sempre il contrario), nella disciplina delle partecipazioni “a valle” abbiano voluto

operare un'estensione della nozione di partecipazione rispetto alla normativa primaria attraverso l'espresso riferimento nella determinazione dello strumento finanziario partecipativo ai diritti patrimoniali menzionati. In tal modo vengono inquadrati tra le partecipazioni non solo gli strumenti finanziari che attribuiscono al detentore in maniera esplicita diritti amministrativi come richiesto dal tub, ma anche quelli che, pur non riconoscendo diritti amministrativi, attribuiscono esclusivamente diritti patrimoniali, che, altrimenti, stando alla lettera della legge, sarebbero stati esclusi dalla nozione di partecipazione e, quindi, dall'applicazione delle regole in materia di partecipazioni detenibili compromettendone significativamente il perseguimento delle finalità.

Gli altri casi di inquadramento nella categoria delle "partecipazioni" si giustificano sulla base del criterio della presenza di un legame durevole tra partecipata e partecipante: trattasi degli impegni – intesi, in linea con lo IAS 28, in termini di mera "facoltà" e non necessariamente di "obbligo incondizionato" (come invece richiesto da alcuni rispondenti alla consultazione) - di acquisto a termine di natura irrevocabile (*put options*, opzioni *call*, *warrant* azionari, obbligazioni convertibili, *equity swaps*) che, se esercitati, consentirebbero di svolgere il controllo o un'influenza notevole sulla partecipata (c.d. diritti di voto potenziali). Specularmente, sulla base del medesimo criterio, non rientrano nella specie in esame tutti gli strumenti finanziari citati il cui possesso da parte della banca è a carattere temporaneo.

La nozione di "partecipazione qualificata" ricalca in parte il testo della direttiva. Conforme al dettato comunitario è la sua definizione in positivo individuata nel «*possesso, diretto o indiretto<sup>10</sup>, di azioni o quote pari o superiori al 10 per cento del capitale sociale o dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria o altro organo equivalente di un'impresa oppure che comporta il controllo<sup>11</sup> o la possibilità di esercitare*

---

<sup>10</sup> La definizione di "partecipazione indiretta" di cui al documento in esame prende a base quella contenuta nell'art. 22 del tub. Si tratta, quindi, delle «*partecipazioni acquisite o comunque possedute per il tramite di società controllate, di società fiduciarie, organismi o persone interposti. Non si considerano indirettamente controllate o sottoposte a influenza notevole le società e imprese partecipate da entità a loro volta sottoposte a controllo congiunto*».

<sup>11</sup> La definizione di "controllo" fa riferimento alle fattispecie individuate dall'art. 23 del tub, sulla base di un orientamento oramai consolidato anche oltre l'ambito di

*un'influenza notevole*<sup>12</sup> sulla gestione dell'impresa stessa». Non perfettamente coincidente con la normativa europea è, invece, ciò che si esclude dal relativo calcolo, che la direttiva (art. 121) individua nelle azioni o quote detenute in via temporanea [... e ] non aventi il carattere d'immobilizzi finanziari (ai sensi della direttiva 86/635/CEE, relativa ai conti annuali e consolidati delle banche, in base alla quale *financial fixed assets* sono, nel caso degli enti creditizi, *participating interests, shares in affiliated undertakings and securities intended for use on a continuing basis in the normal course of an undertaking's activities* ), senza l'imposizione di alcun limite a tali esclusioni. Le disposizioni, invece, non includono nel computo della partecipazione qualificata le interessenze rientranti nel portafoglio di negoziazione a fini di vigilanza, ma pongono una soglia massima a tale deduzione pari al 2% del capitale della partecipata. Questo significa che le partecipazioni superiori al 2% del capitale della partecipata sono, in ogni caso, indipendentemente dalla temporaneità della relativa acquisizione e dal loro carattere di immobilizzo finanziario, computate ai fini della determinazione della percentuale partecipativa in relazione alla quale vengono fissati i limiti massimi di detenzione per le partecipazioni in campo non finanziario. Questa previsione certamente più restrittiva di quella comunitaria, sebbene avente finalità anti-elusive della disciplina, potrebbe compromettere il raggiungimento dell'obiettivo della creazione di un *level playing field* tra intermediari creditizi nazionali ed esteri. Se, poi, a ciò si aggiunge, come vedremo, il

---

applicazione all'interno del testo unico. Le ipotesi di controllo includono quindi: il controllo azionario di diritto e di fatto ai sensi dell'art. 2359 cod. civ.; il controllo da cd. "patto di dominio" previsto dall'art. 23 del tub, come novellato dagli interventi di coordinamento del testo unico con la riforma del diritto societario (in particolare, d.lgs. n. 310 del 2004); le presunzioni di controllo in forma di "influenza dominante" previste dal secondo comma dell'art. 23 del tub. Rilevano ai fini della disciplina in questione anche le situazioni di *controllo congiunto*, fattispecie qualificata dalla possibilità per la banca o il gruppo di esercitare un'influenza determinante sull'impresa partecipata (es. un potere di veto su decisioni strategiche) per effetto delle partecipazioni detenute e di accordi con altri soggetti.

<sup>12</sup> La definizione di "influenza notevole" fa riferimento alla nozione valida a fini di bilancio, come individuata nel principio contabile internazionale IAS 28 relativo al trattamento di bilancio degli investimenti in società collegate (*investments in affiliates*). La Banca d'Italia, nel resoconto della consultazione, precisa che gli "indici" di influenza notevole indicati sono da intendersi in termini, più che di "presunzioni", di "situazioni sintomatiche" da sottoporre al vaglio critico dell'organo di vigilanza.



mantenimento nel nostro ordinamento del limite generale alla detenzione di immobili e partecipazione mancante nel quadro comunitario di riferimento, la nostra preoccupazione appare tutt'altro che infondata.

Passando ai destinatari, l'area applicativa è delineata su base individuale, assumendo come punto di riferimento le banche autorizzate in Italia, e su base consolidata, avendo riguardo ai gruppi bancari, alle imprese di riferimento (*i.e.*, ai sensi del Tit.V, Cap. 1, parte seconda, «*la banca italiana o la capogruppo controllate direttamente da una società di partecipazione finanziaria madre nell'UE non sottoposta alla medesima vigilanza delle banche, quando questa società controlla anche una o più banche aventi sede in Stati comunitari diversi dal proprio e il totale di bilancio di ciascuna di queste banche è inferiore a quello della banca italiana o della capogruppo controllate*») ed alle componenti sub-consolidanti del gruppo (*i.e.* le banche italiane e le società finanziarie appartenenti a gruppi bancari, diverse dalla capogruppo, che controllano società bancarie e finanziarie aventi sede in uno Stato extracomunitario). A questi soggetti si aggiungono le banche italiane non appartenenti ad un gruppo bancario che controllino, congiuntamente ad altri soggetti e in base ad appositi accordi, società bancarie, finanziarie e strumentali partecipate in misura almeno pari al 20 per cento dei diritti di voto o del capitale. Infine, la disciplina di vigilanza riconosce alla Banca d'Italia la facoltà di applicare la medesima disciplina nei confronti di banche, società finanziarie e strumentali non comprese nel gruppo bancario ma controllate dalla persona fisica o giuridica che controlla il gruppo bancario o la singola banca.

#### **4.2. Limite generale agli investimenti in partecipazioni ed in immobili**

In linea con l'impostazione consolidata dell'ordinamento bancario e del sistema di vigilanza in Italia finalizzata ad evitare un eccessivo rischio di immobilizzo dell'attivo ed in attuazione della facoltà riconosciuta dal Cidr alla Banca d'Italia nella deliberazione del 2008, la nuova disciplina di vigilanza conferma la regola del limite generale agli investimenti in partecipazioni ed in immobili rappresentato dal patrimonio di vigilanza. Alla riformulazione solo letterale della norma, che parametrizza l'ammontare massimo delle potenziali interessenze al margine disponibile (*i.e.* alla differenza tra patrimonio di vigilanza ed

ammontare degli immobili e delle partecipazioni comunque detenuti), si accompagna una modifica più sostanziale concernente l'applicazione del limite generale nei confronti dei gruppi bancari solamente a livello consolidato e non anche a livello individuale. Quest'ultima previsione trova la propria *ratio* nella necessità di rendere siffatto onere meno gravoso per le banche italiane, atteso che la regola del limite generale non è presente nel quadro legislativo comunitario.

La conservazione da parte dell'organo di vigilanza nell'ordinamento nazionale della soglia massima di detenzione deriva dall'analisi costi-benefici connessi al suo mantenimento ovvero alla sua rimozione; valutazione effettuata dalla Banca d'Italia sulla base dell'esperienza passata e riportata nella relazione preliminare sull'analisi di impatto della nuova disciplina. In particolare, si evidenzia che i costi derivanti dall'applicazione del limite generale non sono stati particolarmente elevati per il sistema bancario italiano, in quanto, sulla base di dati risalenti al 2007, risulterebbe a disposizione di quest'ultimo un'elevata percentuale di margine disponibile per ulteriori investimenti in immobili e partecipazioni (cfr. p. 7 relazione impatto). Pertanto, la conclusione dell'organo di vigilanza è che una eventuale rimozione del limite generale avrebbe comportato benefici trascurabili sia per le banche che per le imprese o, quanto meno, questi potenziali benefici non avrebbero uguagliato l'utilità del medesimo ai fini di contenimento dei rischi di trasformazione delle scadenze e di liquidità, soprattutto nella prospettiva di cambiamenti nei modelli di intermediazione potenzialmente idonei a determinare configurazioni dell'attivo eccessivamente rigide.

Sotto l'ottica prudenziale il ragionamento della Banca d'Italia appare affatto convincente. Tuttavia, non bisogna trascurare il fatto che lo stesso è emerso dall'analisi di una realtà trascorsa e soprattutto collegata alla precedente normativa in materia. Occorrerà, pertanto, valutare nel prossimo futuro il concreto impatto che la conservazione del limite generale avrà sul sistema. In particolare, bisognerà vagliare se la nuova disciplina sia idonea ad assicurare alle banche un'adeguata percentuale di margine disponibile per un ampliamento degli investimenti partecipativi; percentuale che certamente si ridurrà rispetto al passato sia per il venir meno (come vedremo tra breve) del limite di separatezza sia per la modifica nel loro contenuto degli elementi che rientrano nel calcolo del limite generale, ovvero delle

nozioni di partecipazioni e di immobili. In particolare, con riferimento alla prima, oltre a quanto già detto, sulla base della disciplina in materia, ai fini del calcolo del limite in esame, vi rientrano altresì le partecipazioni nelle *holding* “finanziarie” e “non finanziarie” e nei veicoli costituiti sotto forma di società finanziaria e non finanziaria (non si considerano invece le quote di OICR mobiliari). Per ciò che concerne il contenuto della definizione di “immobili” ai fini del calcolo del margine disponibile, si sottolinea che questo, rispetto alla previgente normativa (inclusiva degli immobili di proprietà ed acquisiti in locazione finanziaria, al netto degli acquisiti con i fondi di previdenza del personale e quelli connessi ad operazioni di *leasing* finanziario), subisce un ampliamento attraverso l’assimilazione a questa tipologia di investimento, a scopo anti elusivo, delle quote detenute in fondi immobiliari. Inoltre, vengono inclusi nel calcolo altresì gli immobili detenuti per recupero crediti non direttamente bensì tramite società veicolo (partecipate o non partecipate) la cui attività consiste esclusivamente nel possesso di detti immobili e nell’assunzione del debito nei confronti della banca medesima nonché le partecipazioni in imprese in temporanea difficoltà e tutte le partecipazioni acquisite per recupero crediti.

Ciò detto, non ci resta che aspettare per vedere se, nel prossimo futuro, le conclusioni della Banca d’Italia in merito all’utilità del limite generale rimangano valide, nell’auspicio che, in caso contrario - ovvero qualora questo dovesse diventare un elemento significativo di svantaggio competitivo dei nostri intermediari rispetto a quelli esteri - si proceda alla sua rimozione o quanto meno ad un suo ampliamento (magari anche solo attraverso l’inclusione nel calcolo del limite generale esclusivamente delle partecipazioni qualificate e non, come ora, di tutte le partecipazioni), facendo affidamento, ai fini del contenimento di un eccessivo rischio di immobilizzo onde mantenere la fiducia del pubblico nel sistema bancario, esclusivamente sui limiti prudenziali (complessivo e di concentrazione) di cui alla normativa europea, cui si accompagnano, in ogni caso, nella disciplina nazionale le misure di protezione connesse al sistema delle autorizzazioni previsto per le partecipazioni finanziarie ed ai principi in materia di organizzazione e governo societario sanciti nella disciplina medesima.

Infine, tornando alla normativa, con riferimento all’eventuale superamento del limite generale, basti dire solo che le attuali

disposizioni di vigilanza innovano rispetto alle precedenti nel senso della semplificazione, eliminando il preventivo nulla-osta della Banca d'Italia relativo al piano di riallineamento predisposto dagli organi competenti della banca.

#### **4.3, Limiti alle partecipazioni detenibili in imprese non finanziarie**

Il tema delle partecipazioni delle banche in campo non finanziario si inserisce nel più generale dibattito sul rapporto tra banca - industria, in merito al quale la teoria economica non ha raggiunto un orientamento universalmente condiviso, ma, anzi, ha sviluppato due tesi antitetiche, rispettivamente a favore di un rigido regime di "separatezza" tra i due settori ovvero di una loro maggiore compenetrazione.

Dalla presenza delle banche nel capitale delle imprese non finanziarie potrebbero, infatti, scaturire effetti positivi e negativi, sottolineati, rispettivamente, dalla dottrina a favore e contraria.

Tra i benefici derivanti da una maggiore interdipendenza tra i due comparti si sottolineano: l'aumento dello scambio di informazioni, anche a carattere confidenziale, che contribuirebbe ad una più efficiente allocazione del credito; la costruzione di rapporti stabili, rappresentando la presenza della banca un impegno credibile e informato nei confronti dell'impresa; l'introduzione di un efficace strumento di *governance*, in quanto la combinazione dell'impegno proprietario con quello finanziario da parte della banca potrebbe condizionare le scelte del *management* mediante incentivi e minacce credibili<sup>15</sup>; una più intensa attività di *monitoring* della banca sull'industria incentivata della partecipazione della prima al capitale della seconda.

Per ciò che concerne i possibili effetti negativi derivanti da relazioni troppo strette tra banca e impresa non finanziaria, la dottrina economica evidenzia: potenziali problemi di conflitto di interessi, in quanto la rilevanza della partecipazione potrebbe incentivare la banca a favorire l'impresa partecipata a danno di altre imprese nella destinazione del credito, non solo assicurando condizioni di credito più favorevoli (*cross-subsidisation*), ma ponendo in essere vere e proprie

---

<sup>15</sup> PETERSEN, RAJAN, *The Benefits of Lending Relationships: Evidence from Small Business Data*, *Journal of Finance*, 1994, n. 49, p. 3 ss.

pratiche discriminatorie che possono condizionare (se non pregiudicare) l'accesso al credito da parte di *competitors* della partecipata; maggiori stimoli per la banca a tutelare i crediti "dubbi" nei confronti della partecipata, mediante la rinegoziazione di vecchi contratti di debito o la concessione di nuovi finanziamenti, garantendole una inefficiente posizione di rendita<sup>14</sup>; possibili problemi per l'impresa derivanti dall'assunzione da parte della banca di posizioni di monopolio (*hold-up problem*) mediante la "cattura informativa" del partecipato<sup>15</sup> o anche da una maggiore avversione al rischio e da una visione strategica più conservatrice rispetto agli altri azionisti che indurrebbe a scelte non ottimali per l'impresa<sup>16</sup>.

In ogni caso, al di là delle considerazioni teoriche in merito ai vantaggi ed agli svantaggi - tutti plausibili - derivanti da rapporti partecipativi più o meno intesi tra banca ed impresa non finanziaria, la regolamentazione adottata in materia nei diversi paesi e nei diversi periodi non può che riflettere profondamente l'evoluzione dei rispettivi contesti economici, storici, sociali ed istituzionali. Come è stato autorevolmente sottolineato<sup>17</sup>, la prevalenza degli aspetti positivi piuttosto che di quelli negativi è funzione di diversi fattori, quali: l'onestà intellettuale e le capacità professionali dei *managers*; la situazione economica, patrimoniale e finanziaria sia delle banche che delle imprese; l'entità dei finanziamenti concessi; l'andamento del ciclo economico; l'andamento del mercato dei capitali e la politica creditizia; la struttura e l'organizzazione delle banche; i rapporti fra l'assunzione di partecipazioni nelle imprese e le altre attività svolte dalle banche.

Proprio le vicende storiche, economiche, sociali ed istituzionali, susseguitesì a partire dagli anni Trenta, hanno condizionato la formazione del quadro normativo nazionale in materia di rapporti banca industria, tradizionalmente volto ad evitare un eccessivo

---

<sup>14</sup> DEWATRIPONT, MASKI, *Credit and Efficiency in Centralized and Decentralized Economies*, in *Review of Economic Studies*, Blackwell Publishing, vol. 62(4), October, 1995, p. 541 ss.

<sup>15</sup> SHARPE, *Asymmetric information, bank lending and implicit contracts: a stylised model of customer relationship*, in *The Journal of Finance*, vol. XLV, n. 4, September, 1990.

<sup>16</sup> BIANCO, CHIRI, *Le partecipazioni bancarie nelle imprese in Italia: investimenti e ristrutturazioni finanziarie*, Banca Impresa, Società, 1993, n. 3, p. 1069 ss.

<sup>17</sup> RUOZI, *È caduta la separatezza tra banca e impresa*, in *Economia & management*, 2009, n. 4, p. 111 ss.

intreccio tra i due settori. Con riferimento specifico al tema oggetto di indagine, la disciplina vigente fino al dicembre 2011 si inquadra nel processo di adeguamento dell'ordinamento bancario nazionale alla regolamentazione comunitaria, allora rappresentata dalla direttiva del 1989. Allo stesso tempo, però, il regolatore italiano, nella sua opera di allineamento al dettato comunitario, non ha potuto non tener conto della delicata fase di transizione che il sistema finanziario italiano stava attraversando per effetto del contestuale processo di privatizzazione nonché delle altre misure dirette ad eliminare le residue specializzazioni istituzionali, operative e temporali.

La disciplina del 1993, rispecchiando la realtà descritta, da una parte, apre alle banche maggiori spazi per gli investimenti partecipativi, ma, dall'altra, detta regole più restrittive di quelle comunitarie sia per ciò che concerne le partecipazioni in campo finanziario sia e soprattutto con riguardo alle partecipazioni non finanziarie, nell'ottica di un graduale e prudente ampliamento dell'operatività degli enti creditizi nazionali. Anzi, con riguardo alle partecipazioni in imprese non finanziarie, l'organo di vigilanza in quella disciplina non considera queste ultime come uno strumento di ampliamento dell'operatività delle banche come invece ritiene sia l'acquisizione di partecipazioni in imprese finanziarie, bensì come un canale di finanziamento dell'impresa sotto forma di credito mobiliare con tutti i limiti e le cautele insite in questa particolare tipologia di prestito, a partire dal divieto in linea di principio per le banche di acquisire posizioni di controllo nelle industrie come invece richiederebbe l'espansione dell'operatività della banca in altri settori produttivi<sup>18</sup>.

La disciplina italiana previgente risulta, quindi, più restrittiva di quella comunitaria sotto molteplici profili. Innanzitutto, si prevede un regime differenziato in relazione al livello di patrimonializzazione, all'esperienza nel comparto, alla struttura delle scadenze del passivo delle banche partecipanti, distinguendo queste ultime in ordinarie, abilitate (aventi un patrimonio di vigilanza almeno pari a 1 miliardo di euro e un'adeguata esperienza nel comparto) e specializzate (aventi un patrimonio non inferiore a 1 miliardo di euro e una struttura del passivo caratterizzata da una raccolta prevalentemente a medio e lungo termine). In secondo luogo, i limiti prudenziali, complessivo e di concentrazione, stabiliti dalla direttiva in rapporto ai fondi propri

---

<sup>18</sup> COSTI R., *L'Ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012, 626.

dell'ente creditizio, risultano più bassi. In terzo luogo, si fissa un limite di separatezza tra banca ed industria rapportato al capitale della partecipata, che non è presente nella direttiva. Infine, per la determinazione delle soglie prudenziali e dei limiti di detenzione si fa riferimento alla partecipazione *tout court* e non alla partecipazione qualificata come nella disciplina comunitaria.

In sintesi, la normativa del 1993 prevede tre tipologie di limiti:

- un limite di *complessivo* stabilito per il complesso delle partecipazioni in rapporto al patrimonio di vigilanza della banca, pari al 15% per le banche ordinarie, al 50% per quelle abilitate ed al 60% per quelle specializzate (con riferimento a queste ultime si tiene conto delle sole partecipazioni qualificate)

- un limite individuale o di *concentrazione* per la singola partecipazione ed in rapporto al patrimonio di vigilanza della banca, pari al 3% per le banche ordinarie, al 6% per quelle abilitate ed al 15% per quelle specializzate (per queste ultime rientrano nel calcolo solo le partecipazioni qualificate)

- un limite di *separatezza* per ciascuna partecipazione e rapportato al capitale della partecipata, pari al 15%, con possibilità di superamento, purché sia l'entità della partecipazione sia la somma delle eccedenze partecipative rispetto al limite siano contenute entro una certa percentuale del patrimonio di vigilanza, pari all'1 % per le banche ordinarie ed al 2% per quelle abilitate e specializzate.

Questa disciplina, in particolare il limite di separatezza, chiaramente, dopo l'emanazione della deliberazione del Cidr del 2008, non appare più compatibile con il nuovo quadro normativo, tendenzialmente orientato a favorire nel suo complesso (ci riferiamo anche alla disciplina delle partecipazioni a monte) la costruzione di rapporti partecipativi più stretti tra soggetti finanziari e non finanziari e l'apertura alle banche di possibilità operative sinora precluse con evidenti penalizzazioni rispetto ai concorrenti europei (Francia, Spagna, Regno Unito, Germania).

La nuova disciplina, come richiesto dall'organo di alta vigilanza, tendenzialmente si conforma a quanto prescritto dalla direttiva europea.

Cominciamo dalla definizione di "impresa non finanziaria". Questa, nelle disposizioni, si configura come fattispecie residuale, in cui rientrano tutti i soggetti non qualificabili come banca, IMEL, impresa

assicurativa, finanziaria o strumentale ai sensi delle altre definizioni riportate nel documento. Inoltre, fa parte di questa categoria anche la cd. *holding* di partecipazioni industriali, quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: la società di partecipazione detenga interessenze prevalentemente nel settore non finanziario e sia in grado di esercitare sulle società partecipate l'attività di direzione e coordinamento (c.d. *holding* industriali). Al fine di semplificare la verifica della sussistenza di tali presupposti, si introducono presunzioni analoghe a quelle previste dal codice civile perché operi la responsabilità da direzione e coordinamento («*L'attività di direzione e coordinamento si presume in capo alla società di partecipazioni tenuta a consolidare nel proprio bilancio le imprese partecipate e comunque in caso di controllo*»). Rientrano, infine, in questa nella categoria delle imprese non finanziarie, altresì, i veicoli costituiti in forma di società non finanziaria, ossia quelle società istituite il cui oggetto sociale consiste nella detenzione di interessenze in una sola impresa di natura non finanziaria.

Riguardo alle soglie di detenzione volte al contenimento dei rischi di eccessivo immobilizzo (*i.e.* rischio di liquidità) e di concentrazione, la normativa prevede per tutte le banche (senza alcuna distinzione connessa alla situazione patrimoniale ed alle modalità della raccolta) limiti prudenziali, di concentrazione e complessivo, coincidenti con quelli comunitari sia per il riferimento alle sole partecipazioni qualificate, sia per la relativa entità (rispettivamente, 15% e 60%) sia per la possibilità concessa alle banche, seppure in via temporanea e transitoria (si prevede che le partecipazioni detenute oltre i limiti prudenziali siano ricondotte all'interno di questi ultimi «*nel più breve tempo possibile*») ed in casi eccezionali (si parla di superamento dei limiti «*per cause indipendenti dalla volontà della banca o della capogruppo*») ed, a titolo esemplificativo, si fa riferimento ad ipotesi di riduzione del capitale per perdite, fusione tra soggetti partecipati, ecc.)<sup>19</sup>, di un loro superamento a condizione che le eccedenze siano al 100% coperte dal patrimonio di vigilanza della banca attraverso la corrispondente deduzione per metà dal patrimonio di base e per l'altra metà dal patrimonio supplementare (chiaramente gli importi dedotti dal patrimonio, come richiesto dalla direttiva, non rientreranno nel

---

<sup>19</sup> La transitorietà e l'eccezionalità del superamento dei limiti non sono condizioni poste nella direttiva.



calcolo dell'adeguatezza patrimoniale). Contestualmente non trova più alcuna legittimità normativa il limite di separatezza.

Possiamo, quindi, concludere il nostro discorso dicendo che, se dal punto di vista teorico, le opinioni risultano ancora discordanti in merito al se uno stretto rapporto tra banca e impresa sia da auspicare, per i benefici (in termini informativi nell'attività di *screening* e di *monitoring* delle banche sulle imprese partecipate, di ampliamento delle possibilità operative e di crescita competitiva per le banche nonché di sviluppo per le imprese grazie ad ulteriori apporti di capitale) che lo stesso comporta, ovvero da rinnegare per costi (in termini di incremento dei rischi di conflitti d'interesse, con conseguenti effetti distorsivi sull'allocazione del credito e di "spiazzamento" ai danni le imprese minoritarie) ad esso connessi, sotto il profilo concreto è ancora più complicato prevedere le conseguenze che avrà sul nostro sistema economico e finanziario la maggiore commistione tra banca ed impresa. In ogni caso, l'organo di vigilanza a fronte dell'allentamento dei vincoli prudenziali e della possibilità per le banche di acquisire il controllo delle industrie ha predisposto ulteriori misure di difesa contenute nelle regole organizzative e di *governance* di cui alla presente disciplina nonché nella normativa in materia di soggetti collegati, che potrebbero contribuire a garantire maggiore indipendenza ed autonomia nelle decisioni di investimento e di finanziamento. Anzi, questi presidi potrebbero rivelarsi anche più efficaci del precedente limite di separatezza, la cui idoneità a contenere i conflitti di interesse ed a discriminare situazioni potenzialmente pericolose per la stabilità dell'intermediario in taluni casi appare dubbia. Ci riferiamo all'ipotesi in cui la struttura dell'azionariato dell'impresa partecipata presenti un'elevata frammentazione, per cui partecipazioni di ordine molto inferiore al 15% potrebbero consentire alla banca di detenere saldamente il controllo dell'impresa, o comunque di esercitare su di essa un'influenza notevole.

In ogni caso, stante la difficoltà di prevedere gli effetti dell'alleggerimento delle regole sul sistema e l'adeguatezza delle soluzioni organizzative e di *governance* adottate dalle banche, non è affatto improbabile che la Banca d'Italia, come si evince relazione preliminare sull'analisi di impatto (p. 28), si serva dello strumento della *moral suasion* per indurre le banche ad adottare un approccio

graduale che preveda nell'immediato un parziale allineamento alle soglie comunitarie, cui far seguire in futuro un adeguamento completo.

#### 4.4. Partecipazioni temporanee

Secondo la tradizionale impostazione della normativa di vigilanza nel *genus* "partecipazioni temporanee" si inquadrano tre *species* di partecipazioni: quelle acquisite nell'ambito dell'attività di collocamento e garanzia; quelle detenute in imprese in temporanea difficoltà; e quelle acquisite per recupero crediti.

La disciplina ricalca quella precedente con poche novità sostanzialmente finalizzate ad allineare la disciplina alle prescrizioni comunitarie nonché a quelle contenute in altre parti della normativa di vigilanza.

Conformemente al dettato comunitario, le partecipazioni detenute da una banca nell'ambito dell'attività di collocamento e garanzia vengono escluse dal calcolo dei limiti prudenziali previsti per le partecipazioni non finanziarie nonché dal calcolo del limite generale. Le novità introdotte riguardano sostanzialmente i seguenti punti:

- la chiarificazione che l'esenzione dal computo vale sia nel caso in cui la predetta attività di collocamento e garanzia avvenga mediante la partecipazione della banca a consorzi sia nell'ipotesi in cui la stessa si svolga al di fuori della partecipazione ad un consorzio;

- la riduzione del periodo massimo di esenzione da sette a cinque giorni dalla chiusura del collocamento essenzialmente al fine di allineare quest'ultimo a quello previsto nella disciplina in materia di rischi di mercato (che prevede l'applicazione di un requisito patrimoniale pieno al quinto giorno lavorativo successivo a quello di chiusura del collocamento). In proposito, è opportuno sottolineare che si tratta di una previsione diversa dalla corrispondente norma comunitaria che non indica un termine preciso ma fa *sic et simpliciter* riferimento alla «normale durata della sottoscrizione» (art. 121 direttiva 2006/48).

Per ciò che concerne le partecipazioni in imprese in difficoltà finanziaria temporanea, il principale elemento di novità rispetto alle precedenti istruzioni concerne il profilo della computabilità di tali interessenze tra le partecipazioni qualificate ai fini dei limiti prudenziali, complessivo e di concentrazione: conformemente al dettato comunitario (e contrariamente alla previgente disciplina)

queste partecipazioni vengono escluse dal calcolo dei suddetti limiti prudenziali, purché le stesse siano acquisite rispettando i criteri, le procedure e le cautele stabiliti nella relativa disciplina di vigilanza. Il riferimento specifico alla loro esclusione solamente dalla determinazione dell'ammontare delle partecipazioni qualificate ai fini del calcolo dei limiti prudenziali induce a ritenere che, al contrario, le stesse siano computate ai fini del calcolo del limite generale. Tale conclusione deriva anche dalla considerazione che, con riferimento alla disciplina appena analizzata delle partecipazioni detenute nell'attività di collocamento e garanzia, l'esenzione dal calcolo del limite generale è esplicitamente prevista.

L'esclusione dal computo delle partecipazioni qualificate trova un limite temporale corrispondente al periodo massimo previsto per il conseguimento del riequilibrio economico e finanziario dell'impresa interessata pari a cinque anni. Tuttavia, come specificato dalla Banca d'Italia (resoconto della consultazione, p. 7), l'espressione "di norma" contenuta nella disposizione presume la possibilità di consentire l'innalzamento del limite temporale in casi specifici. Ricordiamo che, anche con riguardo alla fattispecie considerata, la corrispondente norma comunitaria non indica un termine preciso, ma sottolinea esclusivamente il requisito di temporaneità della detenzione.

Le condizioni da osservare ai fini la conversione dei crediti verso l'impresa in partecipazioni in sintesi riguardano: la sussistenza per la banca della convenienza economica dell'operazione; la necessaria temporaneità della crisi; la necessaria riconducibilità della crisi ad aspetti meramente finanziari e non di mercato; l'esistenza di ragionevoli prospettive di riequilibrio nel medio periodo.

Si inserisce in quest'ambito il problema, posto dai rispondenti alla consultazione, relativo alle modalità di computo delle partecipazioni acquisite in seguito ad accordi di ristrutturazione del debito introdotti dalla riforma del Diritto fallimentare<sup>20</sup>, la cui disciplina è stata di

---

<sup>20</sup> L'istituto degli accordi di ristrutturazione è disciplinato nei suoi aspetti procedurali nell'art. 182 bis l. fall. e con riferimento agli effetti che produce nell'art. 67, co. 3, lett. e), l. fall. Trattasi di una procedura alternativa al concordato preventivo in quanto strumento volto alla gestione in modo negoziato della crisi dell'impresa. Sull'argomento in dottrina, si vedano, *ex multis*: NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2012, cap. XVIII; INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis legge fallim.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Il diritto fallimentare e*

recente modificata dal c.d. “Decreto Sviluppo”<sup>21</sup>. Dalla risposta fornita dalla Banca d’Italia si evince che siffatte partecipazioni risulterebbero escluse dal calcolo dei limiti prudenziali solamente qualora rispettino i vincoli previsti dalla disciplina in esame inerenti alla transitorietà ed alla natura della crisi dell’impresa oggetto di risanamento. La giustificazione dell’orientamento dell’organo di vigilanza si rinviene nella necessaria riconducibilità della crisi dell’impresa affidata ad aspetti meramente finanziari per la detenzione di partecipazioni in imprese in temporanea difficoltà. Ciò rende siffatta procedura non completamente assimilabile a quella analoga che la riforma del diritto fallimentare include tra le modalità di risanamento dell’impresa in crisi all’interno delle soluzioni alternative (concordato preventivo, amministrazione straordinaria) a quelle liquidatorie; procedure recuperatorie che, come sottolinea l’organo di vigilanza, hanno come presupposto per la relativa applicazione lo “stato di crisi” dell’impresa; espressione quest’ultima non espressamente specificata, ma che si ritiene possa comprendere anche situazioni strutturali di *deficit* patrimoniale e debolezze economiche non puramente finanziarie fino, come addirittura chiarito dallo stesso legislatore della riforma

---

*delle società commerciali*, 2012, I, p. 13 ss.; FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Id.*, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, cap. XXIX, p. 683 ss.; CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d’impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell’inadempimento del debitore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, p. 295 ss.; VALENSISE, *Commento art. 182 bis*, in Nigro-Sandulli-Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma. Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione. Liquidazione coatta amministrativa. Tomo III – Artt. 160-215. Disciplina transitoria*, Torino, 2010, p. 2500 ss.; FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. XVI, Padova, 2008, p. 188; CENICCOLA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate della crisi d’impresa*, a cura di Celentano-Forgillo, Torino, 2008, p. 1195 ss.; NARDECCHIA, *Crisi d’impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007; BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 483 ss.; PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, in Ambrosini (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008, p. 559 ss.

<sup>21</sup> Decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella L., 7 agosto 2012, n. 134, da ultimo modificato ed integrato dal Decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in L. 17 dicembre 2012, n. 221.

fallimentare, allo stato di insolvenza (art. 160, co. 3, l. fall.). Pertanto, si esclude la possibilità di esonerare dal computo delle partecipazioni qualificate quelle interessenze acquisite sulla base di accordi di ristrutturazione che prevedano la conversione dei crediti in capitale di rischio per un periodo superiore a cinque anni e qualora la crisi dell'impresa interessata non sia meramente finanziaria; in caso contrario, le stesse saranno assoggettate alla normativa inerente alle partecipazioni detenute per recupero crediti che, come tra breve vedremo, rientrano sia nel computo delle soglie prudenziali sia nel calcolo del limite generale. Certo, non è affatto improbabile che siffatta impostazione restrittiva disincentivi le banche ad intervenire nel recupero delle imprese affidate conferendo all'accordo il contenuto concreto della trasformazione dei crediti in capitale di rischio, con conseguente significativa riduzione della reale portata di questo strumento ai fini del risanamento delle imprese ed il ricorso nell'accordo ad altre modalità operative, magari di minore efficacia per quella finalità specifica e di più elevata onerosità per l'impresa coinvolta in relazione alla situazione contingente<sup>22</sup>. Ricordiamo che in proposito, i rispondenti alla consultazione avevano appunto richiesto l'esclusione in via permanente di dette partecipazioni dal calcolo dei limiti prudenziali.

Infine, per ciò che concerne la procedura da seguire ai fini dell'esonero, questa si articola nei seguenti punti: la redazione di un piano di risanamento ad opera di un certo numero di banche che rappresentino una quota elevata dell'esposizione complessiva verso

---

<sup>22</sup> Quanto al contenuto concreto ed operativo che gli accordi possono assumere, separando le concessioni che i creditori sono disposti a rilasciare dagli impegni che il debitore può accollarsi, possiamo citare, ma solo a titolo di esempio, le seguenti modalità: a) *ex latere creditoris*: mere dilazioni di pagamento ed interventi sulla modulazione degli interessi, riduzione e postergazione di crediti, remissione di debiti, *factum de non petendo* inteso in chiave processuale come impegno temporaneo del creditore a non intraprendere azioni esecutive e a non chiedere il fallimento, erogazione di nuovi finanziamenti; b) *ex latere debitoris*: rilascio di nuove garanzie, cessione di beni ai creditori, impegno al compimento di operazioni straordinarie sul capitale sociale (aumento di capitale, fusioni, scissioni), eventuale proposta di conversione dei crediti in capitale di rischio, impegno al mutamento della compagine amministrativa e/o del *management*. Tra tutte queste opzioni operative, una appare imprescindibile, ovvero l'erogazione di nuove risorse finanziarie che rappresentano il presupposto per l'attuabilità dell'accordo consentendo l'estinzione dei debiti nei confronti dei creditori estranei al medesimo.

l'impresa; la prospettiva del raggiungimento del riequilibrio entro un termine di cinque anni; la necessaria acquisizione di azioni o altri strumenti finanziari di nuova emissione; l'individuazione di una banca capofila con la responsabilità dell'operazione nell'ipotesi in cui questa coinvolga una pluralità di banche; l'approvazione del piano ad opera dell'organo con funzioni di gestione delle banche coinvolte e delle relative banche e società finanziarie capogruppo (nell'ipotesi in cui le prime facciano parte di gruppi bancari).

Veniamo infine, alla disciplina delle partecipazioni per recupero crediti. Questa viene riformulata in senso più restrittivo rispetto a quella previgente in ragione della necessità di allineamento al quadro comunitario di riferimento nonché di aderenza e conformità alla definizione di "partecipazione" rilevante ai fini della normativa in commento. Con riferimento al primo punto, la direttiva del 2006 non contempla questa particolare tipologia di interessenze tra le esclusioni dal computo delle soglie prudenziali; esenzioni, come visto, limitate alle azioni o quote detenute in via temporanea ovvero non aventi carattere di immobilizzo finanziario. Per ciò che concerne la definizione di partecipazione, abbiamo visto che la stessa contempla tra le ipotesi di esclusione dalla relativa nozione quei titoli la cui detenzione ha natura temporanea. Pertanto, la *ratio* delle esenzioni dal calcolo dei limiti prudenziali previste dalla direttiva è la medesima delle esclusioni dalla nozione di partecipazione previste dalla normativa nazionale, ovvero la temporaneità della detenzione dei titoli finanziari. *Rebus sic stantibus*, la mancanza di transitorietà nel possesso delle partecipazioni per recupero crediti, o quanto meno l'impossibilità di prevederne la durata, giustifica il relativo inquadramento all'interno della categoria delle partecipazioni cui sono connessi i rischi che la disciplina in esame mira a contenere e, di conseguenza, l'eliminazione della possibilità, contenuta nella previgente disciplina, di esenzione dal computo delle partecipazioni qualificate per i limiti prudenziali nonché delle partecipazioni *tout court* per limite generale.

Al di là di questa innovazione, come in precedenza, la normativa si sostanzia nella previsione di cautele procedurali (delibera dell'organo amministrativo sulla base di una valutazione di "convenienza economica") e di obblighi di comunicazione alla Banca d'Italia (peraltro, notevolmente semplificati rispetto alle previsioni originarie).

#### **4.5. Partecipazioni in banche, in imprese finanziarie, in imprese assicurative ed in imprese strumentali**

In attuazione della deliberazione del Cidr del 2008, la disciplina delle partecipazioni in campo finanziario viene rivisitata al fine di semplificare ed alleggerire il relativo regime delle autorizzazioni.

Le scelte normative in materia vengono assunte dalla Banca d'Italia sulla base delle linee guida fissate dal Cidr e dell'analisi costi-benefici connessi a questa particolare tipologia di investimento.

Con riferimento al primo punto, si rileva in particolare l'impossibilità di rapportare gli eventuali limiti autorizzativi al capitale del soggetto partecipato, diventati inammissibili ai sensi della deliberazione del Cidr. L'eliminazione di questo vincolo appare decisamente rilevante ai fini dell'espansione della capacità operativa delle banche sotto il profilo partecipativo, atteso che - non ostante la presenza del regime autorizzativo che di per sé costituisce un deterrente all'acquisizione a causa nel timore di una possibile valutazione negativa da parte dell'organo di vigilanza - la maggior parte delle richieste di autorizzazione pervenute all'autorità di controllo nel vigore della precedente disciplina riguardavano il superamento delle soglie rapportate al capitale delle partecipate. In particolare, nell'analisi di impatto, la Banca d'Italia evidenzia che nel 2008 l'unico caso di acquisizione superiore alla soglia del 10% del patrimonio di vigilanza del partecipante (su 81 richieste pervenute) è stato quello oramai tristemente noto alle cronache MPS-Antonveneta.

Per ciò che concerne il secondo aspetto, la Banca d'Italia evidenzia che dalla rimozione totale delle soglie autorizzative potrebbero derivare vantaggi per gli intermediari, in termini di riduzione dei tempi delle operazioni e conseguente maggiore efficacia delle loro scelte strategiche, e per lo stesso organo di vigilanza, in termini di riduzione dei carichi di lavoro e dei costi connessi alle procedure amministrative di autorizzazione. Tuttavia, non bisogna sottovalutare i rischi derivanti dall'assenza totale di controllo su tali operazioni; rischi sia per la banca partecipante che potrebbe effettuare investimenti non compatibili con la stabilità e la sana e prudente gestione sia per il soggetto partecipato che potrebbe ritrovarsi con un assetto proprietario inadeguato.

Per queste ragioni, si ritiene opportuno il mantenimento di un vaglio dell'organo di vigilanza volto ad analizzare gli effetti dell'acquisizione sul livello di patrimonializzazione della banca

acquirente, considerato che la complessità di alcune operazioni di acquisizione può avere effetti negativi sulla complessiva adeguatezza patrimoniale. Tale valutazione viene, comunque, limitata alle operazioni più rilevanti, là dove la rilevanza, secondo le indicazioni del Cicr, va stabilita solo in relazione al patrimonio di vigilanza dell'acquirente e non più alla quota di capitale sottoscritto ovvero all'eventuale controllo della partecipata.

Secondo l'analisi della Banca d'Italia, il mantenimento del regime autorizzativo, sebbene limitato alle sole operazioni di importo rilevante, comporta sì minori benefici rispetto alla sua rimozione totale ma questa riduzione è più che compensata dalla corrispondente diminuzione dei costi connessi all'assenza totale del vaglio autorizzativo.

Tuttavia, è bene precisare che l'entità dei costi e dei benefici è anche in funzione della soglia autorizzativa prescelta ai fini della rilevanza dell'acquisizione sulla stabilità della banca acquirente. Le disposizioni di vigilanza mantengono, come tra breve vedremo, invariata la percentuale autorizzativa (10%) sulla base della constatazione che, nel vigore della precedente disciplina, sia pervenuto un risibile numero di richieste di autorizzazioni per acquisizioni superiori a detta soglia. Occorrerà, peraltro, valutare se nei primi anni di applicazione della nuova normativa, la situazione rimarrà la medesima. La normativa, infatti, ai fini della valutazione dell'impatto dell'acquisizione sulla stabilità del partecipante prende a riferimento il requisito patrimoniale complessivo (patrimonio di vigilanza almeno pari alla somma dei requisiti patrimoniali prescritti a fronte dei rischi di credito, di controparte, di mercato ed operativo, nonché a fronte delle acquisizioni di immobili e altri requisiti), non l'intero patrimonio di vigilanza. Pertanto, un aumento dimensionale delle banche, in termini di significativa eccedenza del patrimonio di vigilanza rispetto al minimo richiesto, associato all'allentamento dei vincoli amministrativi potrebbe incentivare le stesse ad effettuare un maggior numero di investimenti partecipativi di importo uguale o superiore alla soglia rilevante, rendendo quest'ultima troppo gravosa per le medesime e per la stessa autorità di controllo e vanificandone ogni significato ai fini della valutazione dell'effetto dell'operazione sul livello di patrimonializzazione del partecipante, in quanto quelle acquisizioni risulterebbero di entità modesta rispetto alla dimensione del medesimo.



Viceversa, una diminuzione dimensionale degli enti creditizi potrebbe rendere rilevanti per la stabilità degli stessi anche acquisizioni di importo inferiore rispetto alla soglia che, però, stante la disciplina in esame, non sarebbero assoggettate al vaglio dell'organo di vigilanza. Quest'ultima preoccupazione risulterebbe mitigata dalla disposizione, innovativa rispetto al passato, che introduce un obbligo di comunicazione per le acquisizioni di partecipazioni che superino la soglia dell'1% del patrimonio di vigilanza del partecipante (a livello consolidato per i gruppi bancari, individuale per le banche non appartenenti a un gruppo). Tuttavia, l'uso del condizionale è necessario per la seguente ragione. L'obbligo di comunicazione associato alla soglia dell'1% è successivo al perfezionamento dell'operazione e non preventivo come lo sono gli obblighi di comunicazione a fini autorizzativi. Pertanto, la comunicazione *ex post* ha solo una funzione informativa in merito all'inquadramento dell'acquisizione nelle strategie di espansione operativa e territoriale della banca nonché al suo impatto sull'adeguatezza patrimoniale ed al margine disponibile, ma è inefficace nel prevenire il verificarsi di situazioni pericolose per la stabilità dell'intermediario partecipante. Ciò si evince, oltre che dalla tempistica della comunicazione, anche dal fatto che, mentre nel caso degli obblighi di comunicazione di natura preventiva, l'organo di vigilanza può negare l'autorizzazione qualora l'acquisizione comporti il mancato rispetto del requisito dell'adeguatezza patrimoniale complessivo, con riferimento agli obblighi di comunicazione successiva, l'autorità di controllo non ha a disposizione alcun potere di intervento nell'ipotesi in cui ritenga che l'acquisizione non sia compatibile con le strategie e la dimensione patrimoniale dell'ente creditizio. Ecco perché, atteso che solo il sistema delle autorizzazioni è tendenzialmente in grado di consentire la valutazione *ex ante* da parte dell'autorità amministrativa di quelle operazioni potenzialmente capaci di compromettere l'equilibrio patrimoniale della banca partecipante e considerando che questa è la sola *ratio* per cui tale sistema è stato mantenuto in vita nel nostro ordinamento, riteniamo che, forse, sarebbe stata preferibile una soluzione che avesse differenziato le soglie autorizzative in relazione all'entità del patrimonio di vigilanza del potenziale acquirente, *rectius* all'ammontare del patrimonio di vigilanza eccedente il requisito di adeguatezza patrimoniale

complessivo, rendendo il sistema più efficace in relazione alla finalità perseguita.

Ciò detto, passiamo all'esame della normativa in materia che, ricordiamo, ha come destinataria la banca che assume la partecipazione e come finalità la tutela della sua stabilità, a differenza della disciplina delle partecipazioni "a monte" che si applica nei confronti di chiunque, anche soggetti non sottoposti a vigilanza, intenda a acquisire una partecipazione in una banca ed è diretta a garantire la sana e prudente gestione dell'ente creditizio partecipato.

Una prima innovazione la si riscontra sotto il profilo dell'ambito di applicazione soggettivo: la disciplina, nelle precedenti istruzioni distinta a seconda della natura del soggetto partecipato, viene oggi unificata facendo riferimento indifferentemente alle partecipazioni acquisibili in banche, IMEL, società finanziarie e società assicurative; la sola eccezione rispetto alla generalità della disposizione concerne le interessenze detenibili in società strumentali.

Le nuove disposizioni si preoccupano anche di dare una definizione di impresa, finanziaria, di impresa assicurativa e di impresa strumentale, ai fini dell'applicazione della presente normativa, mentre tale esigenza non è avvertita per le banche e gli IMEL come univocamente individuati nel tub.

La "impresa finanziaria" è definita, in negativo, come "un'impresa diversa da una banca o da un IMEL" ed, in positivo, in funzione dell'attività esercitata in via esclusiva o prevalente. Le attività il cui esercizio comporta la qualificazione dell'impresa come "finanziaria", in conformità alle norme comunitarie, includono: l'assunzione di partecipazioni; una o più delle attività ammesse al mutuo riconoscimento o che lo saranno in futuro; l'attività di gestione collettiva del risparmio, come definita dal testo unico della finanza. In aggiunta, riprendendo una previsione esistente, si presume finanziaria l'impresa iscritta in un albo o elenco di soggetti finanziari (quali, ad esempio, l'elenco generale e l'elenco speciale di cui, rispettivamente, agli artt. 106 e 107 del tub) nonché tutte le imprese che, pur non iscritte in albi o elenchi pubblici, sono comunque sottoposte a forme di vigilanza sulla stabilità da parte di un'autorità pubblica - italiana, di uno Stato dell'UE o del G-10 - (e.g. società di mediazione creditizia e di agenzia in attività finanziaria). Infine, rientrano nella nozione in

parola, in ragione dell'attività svolta, le società di gestione di mercati regolamentati di strumenti finanziari.

La definizione di "impresa assicurativa" riprende quella utilizzata ai fini della disciplina del patrimonio di vigilanza, basata su definizioni incorporate dal Codice delle assicurazioni private (i.e. «un'impresa di assicurazione o di riassicurazione, una società di partecipazione assicurativa o una società di partecipazione assicurativa mista»).

Maggiori novità presenta la nozione di "impresa strumentale", che viene riformulata in maniera sostanziale sia per necessità di allineamento al quadro comunitario di riferimento sia per esigenze di vigilanza. Ferma restando la relativa definizione in negativo quale impresa diversa da un'impresa finanziaria (ossia da un'impresa la cui interessenza comporta obblighi di deduzione dal patrimonio di vigilanza della banca partecipante) diretta ad evitare arbitraggi normativi, l'innovazione più significativa consiste nello sganciamento della fattispecie dal presupposto del controllo da parte di una o più banche partecipanti<sup>25</sup>, per cui l'elemento peculiare della fattispecie rientrante nell'ambito di applicazione della disciplina in esame rimane solo quello dell'ausiliarità oggettiva rispetto all'attività della banca o del gruppo bancario partecipante. A titolo meramente esemplificativo per talune fattispecie ovvero al fine di eliminare ogni ambiguità in merito ad una corretta classificazione per altre, vengono attratte nella categoria le imprese che hanno la proprietà e svolgono la gestione degli immobili per uso funzionale alla banca, le imprese che forniscono servizi informatici, le imprese che erogano servizi o gestiscono infrastrutture di pagamento a beneficio del sistema bancario in ambito nazionale o nel mercato unico europeo e le imprese che erogano servizi di intestazione fiduciaria e di *trustee*.

Con riferimento a tutte le categorie menzionate ad eccezione delle società strumentali le nuove disposizioni disciplinano il regime delle autorizzazioni "a valle", le cui modifiche più significative riguardano:

---

<sup>25</sup> Le precedenti istruzioni in materia di partecipazioni detenibili definivano la "società strumentale" come «la società non finanziaria nella quale la banca o il gruppo bancario detiene, anche congiuntamente ad altri soggetti, una partecipazione di controllo e che esercita in via esclusiva o prevalente attività che hanno carattere ausiliario all'attività della banca o del gruppo o, nel caso di detenzione congiunta, dei soggetti partecipanti; tale carattere deve essere desumibile dallo statuto della società stessa».

- l'eliminazione delle autorizzazioni connesse al superamento di determinate soglie partecipative rapportate al capitale del soggetto partecipato (nella vigente disciplina: 10%, 20% e controllo);

- la previsione di un'unica soglia autorizzativa rapportata al patrimonio di vigilanza della banca (pari al 10%);

- l'eliminazione delle previsioni in materia di partecipazioni nelle SICAV (prima soggette solo ad obblighi di comunicazione e non di autorizzazione), non più necessarie grazie all'impostazione generale adottata;

- l'eliminazione, con riferimento alle partecipazioni in imprese di assicurazione<sup>24</sup>, del limite complessivo alla relativa detenzione (40% del patrimonio di vigilanza e 60% per le banche appartenenti a un gruppo, fermo il limite del 40% a livello consolidato), volta ad allineare la disciplina in questione alla normativa comunitaria e nazionale in materia di concentrazione dei rischi<sup>25</sup>.

La finalità prudenziale della disciplina è suffragata dalla disposizione che, tra i casi di diniego dell'autorizzazione, include l'ipotesi di acquisizione che, per effetto della deduzione della partecipazione dal patrimonio di vigilanza, comporti l'inosservanza del requisito patrimoniale complessivo.

Al fine di evitare situazioni di opacità e di assicurare l'effettivo esercizio della funzione di vigilanza, in particolare consolidata, si conserva il regime più restrittivo per partecipazioni localizzate in Paesi extra UE e extra G10. Per queste partecipazioni, l'ambito di applicazione oggettivo del sistema autorizzativo non solo include la soglia partecipativa rapportata al patrimonio di vigilanza del partecipante ma tiene conto anche dell'entità della partecipazione in

---

<sup>24</sup> La Banca d'Italia assimila le imprese di assicurazione alle imprese finanziarie esercitando la facoltà concessa agli Stati membri dalla direttiva comunitaria (art. 122, par. 1). Come si legge nella relazione sull'impatto (p. 5), l'organo di vigilanza accoglie la tesi prevalente che riconosce alle imprese di assicurazione la natura di intermediari finanziari, soprattutto in ragione del fatto che le riserve matematiche nel ramo vita, così come le riserve premi e riserve sinistri nel ramo danni, costituiscono attività finanziarie a fronte di passività finanziarie.

<sup>25</sup> Le nuove disposizioni di vigilanza escludono dall'applicazione della disciplina autorizzativa le partecipazioni acquisite da imprese di assicurazioni controllate da banche in ragione del fatto che, in tale ipotesi troveranno applicazione le disposizioni del codice delle assicurazioni in materia di partecipazioni detenibili da imprese di assicurazione e, là dove ricorrano le condizioni, quelle in materia di vigilanza supplementare sui conglomerati finanziari.

relazione al capitale del partecipato, in quanto si rende obbligatoria l'autorizzazione anche per le acquisizioni comportanti il controllo o l'influenza notevole sui soggetti partecipati. In queste ipotesi l'autorizzazione è negata qualora, anche in considerazione degli ordinamenti e dei sistemi di vigilanza degli Stati di insediamento, i soggetti partecipanti non assicurino livelli di trasparenza informativa idonei a consentire l'esercizio della vigilanza.

Con riferimento specifico alle partecipazioni in imprese strumentali, la disciplina viene significativamente rivista per allinearla alle previsioni comunitarie ed alle prassi seguite negli altri maggiori Paesi europei, attraverso l'eliminazione della necessità di un preventivo controllo di vigilanza sulle acquisizioni della specie, salvo il caso in cui queste coinvolgano soggetti insediati in Paesi extra-UE e extra- G10 che, per effetto della partecipazione, sarebbero assoggettati al controllo ovvero all'influenza notevole della banca partecipante<sup>26</sup>.

Come abbiamo già accennato, al sistema delle autorizzazioni si affianca, a fini di monitoraggio sulle situazioni aziendali, uno specifico obbligo di comunicazione, in via successiva al perfezionamento dell'operazione (entro 30 giorni), delle acquisizioni che, pur essendo irrilevanti a fini autorizzativi, determinano il superamento della soglia dell'1% del patrimonio di vigilanza del partecipante (a livello consolidato per i gruppi bancari, individuale per le banche non appartenenti a un gruppo). Un analogo obbligo di comunicazione concerne quelle acquisizioni che, pur non soggette ad autorizzazione, comportano modifiche nella composizione del gruppo bancario.

Altre disposizioni, infine, riguardano il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione che rimane invariato rispetto al passato: invio all'organo di vigilanza della richiesta di autorizzazione, corredata dal verbale dell'organo societario che ha deliberato l'operazione, dallo statuto e dagli ultimi due bilanci della potenziale partecipata nonché da altre informazioni in merito all'inquadramento dell'operazione nei

---

<sup>26</sup> Le precedenti istruzioni dettavano una disciplina differenziata delle partecipazioni in società strumentali in funzione o meno dell'acquisizione di una posizione di controllo o collegamento (20% del capitale della partecipata) del partecipante nella partecipata. Nel primo caso venivano assoggettate al regime delle partecipazioni finanziarie, nel secondo a quello delle partecipazioni industriali. Questa impostazione trovava la sua giustificazione nel fatto che le società strumentali non sono soggette alla vigilanza della Banca d'Italia, salvo il caso in cui siano controllate da una banca o ricomprese in gruppo bancario.

piani di espansione operativa e territoriale della banca, al suo impatto sull'adeguatezza patrimoniale e prospettica e sul margine disponibile per gli investimenti in partecipazioni ed in immobili.

#### 4.6. Investimenti indiretti in *equity*

Il processo di innovazione finanziaria ha determinato un ampliamento dell'ambito operativo delle banche anche sotto il profilo delle fattispecie riconducibili all'investimento partecipativo; investimento che può avvenire, oltre che direttamente, in via indiretta per il tramite di schermi societari o soggetti interposti tra la banca e l'impresa partecipata. Di ciò tiene conto la normativa di vigilanza (sez. VI) che include tali ipotesi nella casistica degli "investimenti indiretti in *equity*" al fine di assoggettare le medesime alle regole contenute nella disciplina in esame la cui applicazione si giustifica in virtù del coinvolgimento della banca nel rischio d'impresa.

Tra queste tipologie di investimento, la Banca d'Italia, nel documento per la consultazione, cita, a titolo esemplificativo, l'acquisizione di interessenze in società *holding*, la detenzione indiretta di partecipazioni attraverso veicoli societari controllati (anche congiuntamente con altri soggetti); la sottoscrizione di quote di fondi comuni che investono in capitale di imprese, sottolineando che esse rientrano solo in parte nella normativa attuale in materia di partecipazioni<sup>27</sup>. In particolare, assumono rilevanza per le finalità della normativa di vigilanza sulle partecipazioni detenibili, due peculiari tipologie di investimenti in imprese non finanziarie: quelli effettuati mediante strutture a elevata leva finanziaria (es. *leveraged buy out*), nelle quali una banca può intervenire in forme e con ruoli diversi, con diversi gradi di coinvolgimento nella gestione delle imprese e con diverse combinazioni di *debt* ed *equity*; quelli effettuati attraverso schermi giuridici, di natura societaria o in forma di organismi collettivi, che consentono di assumere rischi sostanzialmente di *equity* senza

---

<sup>27</sup> Gli investimenti in quote di OICR chiusi o riservati non sono mai presi in considerazione: nel limite generale vi rientrano le partecipazioni nelle holding e nei veicoli, ma sono escluse le quote di OICR; nel calcolo del limite complessivo e del limite di concentrazione rientrano solo le partecipazioni nelle holding "industriali" e in veicoli societari se costituiti sotto forma di società non finanziaria, con conseguente esclusione degli investimenti, sia diretti che indiretti, nelle holding "finanziarie" e nei veicoli costituiti sotto forma di società finanziaria.

acquisizione diretta di quote di capitale nelle società oggetto di investimento.

Ciò detto, risulta evidente che le norme in materia di investimenti indiretti in *equity* trovano la propria ragion d'essere innanzitutto nella necessità di ricondurre all'interno della disciplina delle partecipazioni detenibili operazioni che altrimenti sfuggirebbero alla regolamentazione; il che, se nel breve termine, determinerà una maggiorazione dei costi per gli intermediari, alla lunga potrà con elevata probabilità tradursi in un'attenuazione dei rischi, con crescenti benefici per il sistema finanziario nel suo insieme in termini sia di maggiore stabilità sia di accresciuta fiducia da parte degli investitori. In secondo luogo, l'equiparazione delle modalità utilizzate per gli investimenti in *equity* sotto il profilo regolamentare dovrebbe indurre gli operatori a prendere le proprie decisioni in merito sulla base di criteri di efficienza piuttosto che di tentativi di aggiramento di vincoli normativi.

Naturalmente l'entità dei costi e dei benefici di tale opzione regolamentare dovrà in futuro essere valutata sia sulla base della reale capacità della normativa di eliminare possibili arbitraggi regolamentari sia in relazione alla rilevanza che le forme innovative di partecipazione al capitale avranno nella operatività delle banche; rilevanza finora alquanto contenuta<sup>28</sup>.

Partendo da questi presupposti, la disciplina di vigilanza *de qua*, nel delineare il proprio ambito oggettivo di applicazione, prende in considerazione gli investimenti indiretti di *equity* in imprese non finanziarie effettuati attraverso fondi o veicoli non oggetto di consolidamento, nell'ipotesi in cui la banca o il gruppo bancario abbia

---

<sup>28</sup> In merito alla rilevanza complessiva del fenomeno, il coinvolgimento delle banche italiane nelle attività di *private equity* - diverse dal mero sostegno creditizio - risulta contenuto, soprattutto nelle modalità che prevedono la partecipazione diretta al capitale delle imprese *target* (ad es. partecipazioni connesse con attività di *merchant banking*). In questa ipotesi l'operatività risulta concentrata in pochissimi intermediari, che in alcuni casi concentrano l'operatività in capo ad una componente del gruppo. La limitata diffusione del *private equity* nel settore bancario è da attribuire principalmente alla riluttanza ad entrare in un segmento di mercato che richiede specifiche competenze manageriali, anche se è vero anche che la normativa finora vigente, particolarmente stringente, non ha certamente agevolato la detenzione diretta di partecipazioni (in particolare non finanziarie). Più diffuso risulta invece l'investimento in quote di OICR chiusi o riservati, che costituisce - dati i minori vincoli normativi - uno strumento più flessibile per assumere rischi di *equity*.

la possibilità di controllare o influenzare le decisioni di investimento dei menzionati soggetti. Senza questa previsione, la categoria di investimenti partecipativi menzionata risulterebbe esclusa dal trattamento prudenziale delle partecipazioni non finanziarie, con conseguente creazione di un'ingiustificata situazione di disparità regolamentare con l'ipotesi in cui i medesimi investimenti siano effettuati per il tramite di veicoli o fondi consolidati.

Le norme in commento specificano ulteriormente l'ambito di applicazione della disciplina fornendo una serie di definizioni. Per "organismo interposto" si intende una società, un OICR o un altro organismo, non inclusi nel consolidamento, che si interpone tra la banca e l'impresa partecipata, inquadrando espressamente in questa categoria: le imprese non qualificabili come finanziarie che svolgono in via esclusiva o prevalente l'attività di assunzione di partecipazioni, i fondi comuni di investimento aperti o chiusi, i veicoli societari costituiti esclusivamente al fine di detenere una o più interessenze nell'interesse della banca o del gruppo. La nozione di "controllo" delineata nelle disposizioni di vigilanza si basa sulla capacità della banca o del gruppo bancario di determinare, anche congiuntamente, le strategie finanziarie o operative dell'organismo interposto in ordine alle scelte di investimento; potere di cui si presume l'esistenza in capo al soggetto che effettua l'investimento maggioritario in termini assoluti (oltre il 50%) o relativi (maggior singolo investitore). A questa nozione si affianca la definizione di "influenza notevole" che si fonda sulla capacità di condizionare le strategie finanziarie o operative dell'organismo interposto in ordine alle scelte di investimento purché ricorrano congiuntamente due condizioni: la banca detenga una quota rilevante degli investimenti dell'organismo interposto e la stessa disponga della possibilità di partecipazione alle decisioni di investimento. Si introduce anche qui un'ipotesi di presunzione di influenza notevole in presenza di un investimento del 20%. Tale presunzione, tuttavia, non è assoluta, in quanto, come specificato dalla Banca d'Italia (cfr. risposte alla consultazione), vale solo con riferimento alla prima condizione (rilevanza dell'investimento), per cui non ricorrendo la seconda non si è in presenza di influenza notevole. Infine, come specificato dalle norme, si ha "indipendenza" in assenza di rapporti di controllo o di influenza notevole.



Qui finiscono le definizioni. L'organo di vigilanza, infatti, ritiene inopportuno e scarsamente efficace procedere con l'individuazione esplicita delle singole forme tecniche di investimento, nella consapevolezza della varietà e della costante e rapida evoluzione delle prassi di mercato (ad es. *private equity*). Al riguardo, la normativa si estrinseca attraverso regole e criteri generali intesi come norme di principio volti a cogliere la sostanza economica dei fenomeni e ad orientare gli intermediari verso il trattamento prudenziale maggiormente coerente con la natura dei rischi assunti e con le finalità della vigilanza. Pertanto, si affida alle banche (*rectius* all'approvazione dell'organo con funzione di supervisione strategica su proposta dell'organo con funzione di gestione sentito l'organo di controllo) la responsabilità di definire proprie *policy* di classificazione degli investimenti a fini regolamentari, in accordo con i criteri normativi di cui tra breve diremo. Le scelte di classificazione operate dagli intermediari dovranno essere motivate alla luce delle politiche aziendali generali e la relativa documentazione dovrà essere conservata e resa disponibile per le eventuali richieste della Vigilanza. Tuttavia, si conserva in capo alla Banca d'Italia il potere di disporre, ove necessario, un trattamento prudenziale diverso da quello autonomamente determinato dall'intermediario.

Per ciò che concerne le modalità di classificazione degli investimenti indiretti in *equity*, le disposizioni precisano l'organo di *governance* della banca dovranno basarsi sui seguenti elementi: le relazioni che intercorrono tra la banca partecipante e il soggetto interposto tra questa e l'impresa oggetto dell'investimento finale (cd. entità intermedia), relazioni che, conformemente alle definizioni riportate, saranno qualificabili in termini di "controllo", "influenza" e "indipendenza"; le finalità dell'investimento, con particolare riguardo alla sua stabilità ovvero temporaneità e alla circostanza che lo stesso sia o non sia effettuato esclusivamente a fini di *trading*, tenuto conto anche della capacità della banca di valutare e liquidare l'investimento; la diversificazione e la liquidità dell'investimento, là dove si sia in presenza di investimenti effettuati attraverso entità indipendenti dalla banca.

Una volta definiti i criteri sulla base dei quali qualificare gli investimenti indiretti come partecipazioni ai fini dell'applicazione della normativa in commento, l'ultima parte della sezione in esame è

dedicata al relativo trattamento prudenziale ed alle modalità di quantificazione dei medesimi per la determinazione delle soglie di detenzione.

Con riguardo al trattamento prudenziale i limiti detenibilità – generale, di concentrazione e complessivo – (oltre alle regole organizzative e di governo societario di cui parleremo tra breve) previsti per le partecipazioni qualificate in imprese di natura diversa da quella finanziaria vengono estesi agli investimenti partecipativi della medesima natura effettuati per il tramite di entità intermedie sottoposte a controllo o influenza notevole della banca o del gruppo bancario. Per ciò che concerne le modalità da adottare per la quantificazione degli investimenti indiretti ai fini della determinazione dei limiti quantitativi, queste vengono differenziate in relazione al grado di conoscenza che la banca medesima ovvero il gruppo bancario ha degli investimenti effettuati attraverso l'organismo interposto, divenendo sempre più penalizzanti via via che si passa da un livello di assoluta conoscenza alla totale mancanza della medesima. In proposito lo schema normativo individua le quattro ipotesi di: a) conoscenza completa; b) conoscenza parziale; c) nessuna conoscenza ma informazioni certe sui limiti massimi dell'investimento nelle diverse classi di attività; d) nessuna conoscenza, prevedendosi l'applicazione di un *equity ratio* per i casi di controllo non totalitario (ossia inferiori al 100%)<sup>29</sup>. Nel primo caso troverà applicazione un approccio *look*

---

<sup>29</sup> Al fine di determinare le quote di partecipazione negli investimenti sottostanti si applica l'*equity ratio*, pari al prodotto della quota percentuale dell'investimento nell'organismo interposto e di quella nell'impresa oggetto dell'investimento finale nonché, se presenti, nei soggetti interposti tra la prima e la seconda. Per determinare gli importi delle singole partecipazioni occorre considerare le quote di ripartizione degli investimenti sottostanti. Ad esempio, si consideri una banca che possieda quote di un fondo comune per 40 euro, pari al 40% delle quote complessive, e che il fondo, a sua volta, detenga partecipazioni nel capitale di due imprese non finanziarie (A e B), pari, rispettivamente, a 60 euro (pari al 60% degli investimenti complessivi del fondo e al 10% del capitale dell'impresa partecipata) e a 20 euro (pari al 20% degli investimenti complessivi del fondo e al 30% del capitale dell'impresa partecipata); gli altri 20 euro sono investiti nel capitale di imprese finanziarie. La banca, ai fini della presente normativa, deve rilevare le partecipazioni nelle imprese non finanziarie A e B di ammontare pari, rispettivamente, a 24 euro ( $40 \times 0.60$ ) e a 8 euro ( $40 \times 0.20$ ), per quote di interessenza pari, rispettivamente, al  $40\% \times 10\% = 4\%$  e al  $40\% \times 30\% = 12\%$  (partecipazione qualificata). Ai fini del limite generale l'importo complessivo da considerare è pari a 40 euro.

*through*<sup>50</sup>, per cui verranno imputati nei limiti prudenziali gli investimenti finali nelle imprese *target*. Nel secondo caso si applicherà un approccio *partial look-trough*, per cui nel calcolo dei limiti prudenziali saranno conteggiati in modo proprio solo gli investimenti noti mentre gli altri saranno considerati come un'unica partecipazione non finanziaria per un importo pari alla soglia massima di detenzione consentita dalla disciplina applicabile all'organismo interposto<sup>51</sup>. Quest'ultimo criterio di quantificazione, noto come *structured-based approach*, troverà applicazione per tutti investimenti indiretti rientranti nella terza ipotesi, mentre per l'ultimo caso citato (nessuna conoscenza e nessuna informazione) gli investimenti effettuati tramite un soggetto interposto si computeranno come un'unica partecipazione non finanziaria (*unknown exposure*). Il trattamento prudenziale maggiormente penalizzante previsto per l'ipotesi in cui la banca o il gruppo non sia in grado di ricostruire gli investimenti finali avrebbe lo scopo di disincentivare investimenti in veicoli e fondi di cui non siano note le posizioni sottostanti.

Non sarebbero invece assimilati a partecipazioni gli investimenti effettuati attraverso veicoli e organismi indipendenti dalla banca, purché adeguatamente diversificati e sufficientemente liquidi<sup>52</sup>; e i due criteri del frazionamento e delle liquidità sono, come specificato dalla banca d'Italia nel resoconto della consultazione, sono da intendersi come cumulativi e non alternativi.

Alcune ipotesi di esclusione dai limiti quantitativi vengono, infine, previste in relazione a situazioni di controllo o influenza temporanei, caratterizzati dall'intento di dismissione a breve dell'investimento, dalla liquidità dell'investimento e dalla temporaneità del possesso (al massimo 6 mesi). Inoltre, tenuta presente la *ratio* della normativa in esame e dato l'ambito di applicazione della medesima limitato

---

<sup>50</sup> Secondo criteri coerenti con quelli adottati nell'ambito della disciplina del rischio di credito (cfr. Circolare della Banca d'Italia n. 263 del 27 dicembre 2006, Titolo II, Capitolo 1, sezione III, par. 10.2).

<sup>51</sup> Per il calcolo del limite generale bisognerà tener conto anche del limite massimo di investimento in imprese finanziarie.

<sup>52</sup> Le disposizioni di vigilanza precisano che la diversificazione di un portafoglio di investimenti partecipativi si ha qualora nessuno degli investimenti superi la misura del 5% del portafoglio medesimo e le imprese partecipate non siano economicamente e giuridicamente connesse sulla base dei criteri indicati nella disciplina della concentrazione dei rischi (tit. V, Cap. I).

all'acquisizione di *partecipazioni in imprese non finanziarie* attraverso *entità intermedie non rientranti nel perimetro del consolidamento*, il trattamento prudenziale appena delineato non riguarderebbe, da una parte, gli investimenti del gruppo effettuati mediante imprese finanziarie controllate, poiché in tali casi gli investimenti detenuti indirettamente rientrano nel perimetro di consolidamento, e, dall'altra, gli investimenti in imprese finanziarie non controllate, per i quali quindi non opera il *look through*, fermi restando gli obblighi di autorizzazione e comunicazione nei casi previsti dalla disciplina delle partecipazioni in imprese di natura finanziaria.

Quelli descritti costituiscono i presidi normativi volti ad evitare trattamenti discriminatori tra acquisizioni di partecipazioni in imprese non finanziarie a seconda che il relativo investimento avvenga direttamente ovvero per il tramite di soggetti interposti tra la banca e l'impresa oggetto dell'investimento finale. Tuttavia, l'efficacia concreta di tali prescrizioni nel perseguimento della suddetta finalità è strettamente ancorata alla corretta determinazione quali-quantitativa degli investimenti indiretti in *equity*; determinazione sostanzialmente rimessa alle scelte ed alle valutazioni dei singoli intermediari creditizi. Di qui l'importanza che anche sotto questo profilo assume la definizione di valide pratiche di organizzazione e di governo societario di cui la normativa in esame si occupa in maniera specifica nella sez. VII.

#### **4.7. Regole organizzative e di governo societario**

Le novità normative recentemente intervenute in materia di separazione "banca-industria", tanto "a monte"<sup>35</sup> quanto "a valle", sono potenzialmente in grado di determinare una crescita dei rischi derivanti

---

<sup>35</sup> Per quanto riguarda la separazione "a monte", per effetto delle modifiche dell'art. 19 del tub apportate dai provvedimenti di recepimento della direttiva comunitaria in materia di acquisizioni nel settore finanziario (n. 44/2007/CE) è ora consentito ai soggetti che, anche attraverso società controllate, svolgono in misura rilevante attività d'impresa in settori non bancari né finanziari richiedere l'autorizzazione per l'assunzione di partecipazioni anche superiori al 15% dei diritti di voto in banche e capogruppo di gruppi bancari. In tali casi, l'autorizzazione all'acquisto delle partecipazioni da parte di detti soggetti viene rilasciata dalla Banca d'Italia al ricorrere delle condizioni previste dal medesimo articolo 19 e dalle relative disposizioni di attuazione.

dalla particolare “vicinanza” di taluni soggetti - siano essi soggetti titolari di una partecipazione di controllo o tale da consentire un’influenza notevole sulla banca (c.d. parti correlate “a monte”), ovvero soggetti controllati dalla banca o sottoposti all’influenza notevole di quest’ultima (c.d. parti correlate “a valle”) - ai centri decisionali della banca. Di qui la necessità avvertita dall’organo di vigilanza di dedicare una parte specifica delle presenti disposizioni ai presidi di carattere organizzativo e di *governance* che le banche dovranno adottare al fine di prevenire e gestire correttamente i potenziali conflitti d’interesse tra l’attività d’investimento in partecipazioni in imprese non finanziarie e la rimanente attività bancaria, segnatamente creditizia. A tali presidi si aggiunge in maniera più diretta la normativa amministrativa in tema di assunzione di attività di rischio e conflitti di interesse nei confronti di soggetti collegati (a “monte” e a “valle”), incentrata sulla previsione di limiti quantitativi e di condizioni procedurali per la totalità delle esposizioni (finanziamenti e capitale) delle banche. I due complessi di norme appena indicati vanno ad integrare l’insieme dei rimedi “a valle” per la prevenzione di conflitti di interesse previsti dal codice civile, potenziandone l’efficacia<sup>34</sup>. Ed in proposito, come già anticipato nel corso della trattazione, è possibile ipotizzare che – quantomeno con riferimento a taluni contesti caratterizzati da un’elevata frammentazione dell’azionariato - i rimedi di natura qualitativa (*i.e.* regole organizzative e di *governance*) risultino anche più efficaci di

---

<sup>34</sup> Come è noto, la disciplina generale a presidio dei conflitti di interesse è costituita, nell’ordinamento vigente, dagli artt. 2373, 2391 e 2391-*bis* c.c. Il primo sancisce l’annullabilità della delibera assembleare assunta con il voto determinante del socio in conflitto. Il secondo detta procedure deliberative improntate a criteri di trasparenza applicabili nei casi in cui un componente dell’organo di amministrazione della società abbia nella specifica deliberazione un interesse, in proprio o per conto terzi, in conflitto con quello della società. Il terzo (la cui disciplina di attuazione è in corso di predisposizione da parte della Consob) prevede che le operazioni delle società “aperte” (ossia, con azioni quotate o diffuse tra il pubblico) con “parti correlate” siano effettuate in conformità di principi di correttezza procedurale e sostanziale e che adeguate informazioni su tali transazioni siano rese note al pubblico. Con specifico riferimento alle transazioni LBO, l’art. 2501-*bis* c.c. – introdotto in occasione della riforma del diritto societario – stabilisce modalità e condizioni alle quali può essere realizzata una fusione tra società tra cui sia intercorsa una transazione della specie (ossia, un’acquisizione di una società da parte di un’altra, mediante assunzione da parte della società acquirente di debiti la cui garanzia di rimborso è costituita dal patrimonio della società acquisita).

garanzie di tipo quantitativo (*i.e.* limite di separatezza nelle due direzioni), in termini di capacità ed idoneità a contenere i conflitti di interesse ed a discriminare situazioni potenzialmente pericolose per la stabilità dell'intermediario e per la corretta allocazione del credito.

Nella descritta cornice normativa, la delibera del CICR in materia di partecipazioni detenibili attribuisce alla Banca d'Italia il compito di dettare, a fronte della maggiore libertà lasciata alle banche in quest'area, disposizioni finalizzate, da una parte, alla prevenzione dei conflitti di interesse insiti in questa particolare tipologia di investimento, attraverso la predisposizione di adeguati presidi organizzativi e di *governance* (compresi i casi in cui la medesima attività debba essere affidata ad entità dedicate), e, dall'altra, alla previsione di cautele procedurali da seguire nel caso di acquisizione di interessenze in imprese in stato di difficoltà.

In attuazione di tali indicazioni, la Banca d'Italia anche in questo caso ritiene opportuno seguire un approccio *principle-based* (*i.e.* fissazione di principi da parte dell'organo di vigilanza ed obbligo per le banche di identificare apposite *policy* interne) in quanto - come si legge nella relazione preliminare sull'analisi di impatto (pp. 30 e 31) - le soluzioni alternative della separazione organizzativa delle unità preposte alle decisioni in merito agli investimenti partecipativi ovvero di ricorso ad entità dedicate esterne (quali *merchant bank*, fondo comune), quantomeno con riferimento alle banche con un portafoglio partecipativo contenuto, oltre che particolarmente onerose per la banca e dai benefici incerti, comporterebbero dei costi di struttura legati alla possibile duplicazione di alcune attività ed alla limitazione del grado di condivisione delle informazioni certamente superiori ai vantaggi derivanti dall'incremento del grado di indipendenza delle unità e dal conseguente minore rischio di conflitto di interessi.

La correlata disciplina di vigilanza del 2011 stabilisce il principio generale per cui gli assetti organizzativi ed il sistema dei controlli interni della banca o del gruppo bancario debbano essere orientati all'obiettivo, conforme alla sana e prudente gestione, di «*prevenire e gestire correttamente i potenziali conflitti di interesse tra l'attività di investimento in partecipazioni e la rimanente attività bancaria, creditizia in particolare*».

Pur rimettendo all'autonomia degli intermediari la definizione delle soluzioni adottabili in concreto, la normativa impone agli organi di ver-

tice (organo con funzione di supervisione strategica, su proposta dell'organo di gestione e sentito l'organo di controllo) della banca o della capogruppo l'approvazione di apposite *policy* interne in materia di investimenti partecipativi, con particolare attenzione ai seguenti elementi: (i) la definizione delle strategie e della propensione al rischio nel comparto partecipativo; (ii) l'individuazione, in relazione all'attività svolta nel comparto delle partecipazioni, delle altre attività bancarie (creditizia in primo luogo) che possono determinare conflitti di interesse e la definizione delle soluzioni organizzative per la prevenzione e gestione dei conflitti di interesse; (iii) la disciplina dei sistemi di controllo interno idonei ad assicurare il monitoraggio dei rischi e la conformità alla normativa di vigilanza e alle *policy* interne.

Con specifico riferimento al punto sub (ii) (individuazione delle altre attività bancarie da cui possa scaturire una situazione di conflitto di interesse in relazione a quella partecipativa), tra le linee applicative che la banca deve seguire nell'adottare le scelte concrete, si evidenzia la necessità nell'ambito delle politiche interne di: individuare e disciplinare i livelli di responsabilità e di delega dell'attività di investimento in partecipazioni tali da evitare indebite influenze sui processi decisionali da parte di soggetti e strutture in potenziale conflitto d'interessi; stabilire per gli investimenti di maggiore entità la responsabilità decisionale degli organi di vertice della banca nella forma dell'approvazione da parte dell'organo con funzione di supervisione strategica; definire le modalità ed i criteri istruttori e deliberativi idonei ad assicurare la coerenza dell'operazione con le strategie definite dalla banca, l'approfondita valutazione della convenienza economica al netto del rischio, la correttezza sostanziale dell'operazione; regolare e controllare i flussi di comunicazione tra le strutture della banca (o le componenti del gruppo), in modo da prevenire un'indebita circolazione di informazioni "privilegiate" tra soggetti e strutture in potenziale conflitto di interesse; adottare eventuali forme di separazione organizzativa o societaria nei casi in cui il rischio di conflitti di interesse appaia particolarmente elevato, compresa la possibilità – particolarmente idonea per le banche ed i gruppi bancari di grandi dimensioni e con significative opportunità di sviluppo nell'attività di investimento partecipativo - di ricorrere ad unità dedicate quali banche ed intermediari specializzati nell'attività; definire i criteri di designazione dei rappresentanti della banca negli organi delle società partecipate, con particolare riguardo a valutazioni di espe-

rienza e competenza, alla necessità di evitare il cumulo di cariche degli esponenti aziendali, al corretto esercizio dei poteri di direzione e coordinamento.

Anche per ciò che concerne l'architettura e la funzionalità del sistema dei controlli interni (punto sub *iii*), le disposizioni di vigilanza in materia forniscono linee applicative specifiche con particolare riguardo ai ruoli ed alle responsabilità che in materia di investimenti partecipativi assumono le funzioni di *compliance* e di *internal audit* nonché ai compiti degli amministratori indipendenti<sup>35</sup>.

#### **4.8. Banche di credito cooperativo e banche di garanzia collettiva**

Si ripropone sostanzialmente invariata la vigente disciplina speciale delle partecipazioni detenibili da banche di credito cooperativo, con la previsione di vincoli più stringenti rispetto alle banche società per azioni ed alle banche popolari; vincoli rapportati sia al patrimonio di vigilanza della banca partecipante sia al capitale della partecipata.

L'unica innovazione riguarda l'ambito di applicazione della disciplina esteso alle banche di garanzia collettiva dei fidi, oltre che naturalmente il riferimento dei limiti non più alle partecipazioni *tout court* bensì alle partecipazioni qualificate.

Date le peculiarità delle banche in questione, si confermano nei loro confronti:

- per le partecipazioni in campo finanziario, il limite di detenzione pari al 20% del capitale della partecipata o, comunque il controllo;
- per le partecipazioni in campo non finanziario si confermano nei loro confronti i precedenti limiti di "concentrazione"

---

<sup>35</sup> Alla funzione di *compliance* è attribuito il compito di verificare l'esistenza e l'affidabilità, nel continuo, di sistemi e procedure in grado di garantire il rispetto degli obblighi normativi e di quelli previsti dalla regolamentazione interna. L'area di competenza della funzione di revisione interna è circoscritta alla verifica dell'osservanza delle politiche in materia di investimenti partecipativi in imprese non finanziarie ed alla segnalazione agli organi di vertice della banca delle anomalie riscontrate. Infine, ai consiglieri indipendenti è affidato un ruolo di valutazione, supporto e proposta in materia di organizzazione e svolgimento dei controlli interni sull'attività partecipativa nel suo complesso nonché sulla coerenza della stessa con le politiche strategiche e gestionali della banca; questo ruolo nelle banche di minori dimensioni può essere assolto dall'organo con funzione di controllo.



(1% del patrimonio, 3% in organismi di categoria) e “complessivo” (15% del patrimonio)

- la libera acquisizione di partecipazioni in società strumentali.

A favore delle banche di garanzia collettiva si dispone la deroga al divieto di detenere partecipazioni di controllo di natura finanziaria limitatamente all'ipotesi di acquisizione di interessenze nei confidi di secondo grado che assumono veste societaria (cooperativa o consortile), offrendo così la possibilità di costituire un “gruppo bancario” composto esclusivamente dalla banca di garanzia collettiva e dal confidi di secondo grado qualora questo assuma la veste societaria. La *ratio* della norma si rinviene nella necessità di evitare una disparità competitiva tra detta categoria di banche e i confidi costituiti in forma di intermediario iscritto nell'elenco speciale.

Infine, in coerenza con l'impostazione generale della disciplina delle banche di credito cooperativo e delle banche di garanzia collettiva, che consente limitate possibilità di sviluppo dell'attività partecipativa e vieta attività speculative non coerenti con le finalità mutualistiche, viene posto un divieto normativo all'assunzione e detenzione di investimenti indiretti in *equity*, come definiti nella disciplina esaminata.

## 5. Conclusioni

Il notevole alleggerimento della normativa in materia di partecipazioni detenibili rappresenta una svolta storica per il nostro ordinamento che porterà con sé certamente nuove opportunità per le banche e per le imprese, ma altresì un incremento dei rischi cui le medesime saranno assoggettate in virtù sia dell'ampliamento operativo che ne scaturisce sia della maggiore commistione tra imprese di natura diversa.

I vantaggi si traducono in particolare, da una parte, nei benefici che alle imprese, soprattutto di nuova costituzione, potranno derivare in termini di ampliamento delle proprie possibilità di raccolta di capitali anche in virtù dell'innalzamento dei limiti prudenziali, e, dall'altra e specularmente, dall'incremento della capacità degli istituti di credito nazionali di fronteggiare le esigenze di finanziamento delle imprese

anche attraverso lo strumento partecipativo, *ergo* in condizioni di parità concorrenziale con le banche degli altri Stati membri. Il tutto, in definitiva, a favore di un potenziale aumento della capacità di innovazione del sistema.

Il rovescio della medaglia è rappresentato, per un verso, da un aumento del rischio di immobilizzo per l'intermediario creditizio potenzialmente pericoloso per la stabilità di quest'ultimo e, per l'altro, da una crescita del rischio di conflitti di interesse potenzialmente capace di minare la corretta allocazione del credito.

Peraltro, nella normativa di vigilanza non mancano misure di difesa a fronte di questi rischi; semmai si tratterà di verificare quanto le stesse risultino concretamente efficaci. Ci riferiamo non solo ai presidi organizzativi e di *governance* contenuti nella disciplina di vigilanza sulle partecipazioni detenibili, ma anche alle garanzie previste dalla normativa in materia di grandi fidi e soprattutto e soprattutto alle misure assunte dalla disciplina di vigilanza in materia di attività di rischio e conflitti di interesse nei confronti dei soggetti collegati. Senza dimenticare, da ultimo ma non per rilevanza ed incisività, l'uso che l'organo di vigilanza probabilmente farà della *moral suasion* suggerendo alle banche un'apertura graduale verso le nuove possibilità di espansione in altri settori produttivi offerte dalla disciplina in esame.



## **GIURISPRUDENZA**



**IL DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ GIURIDICA TRA  
INDISPONIBILITÀ E RICONOSCIMENTO TARDIVO DEL  
FIGLIO, ALLA LUCE DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI  
CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE, 7 FEBBRAIO 2014, N.2802**

**Stefano Quagliata**

*Dottore in Giurisprudenza – Diplomato alla Scuola di Specializzazione  
per le Professioni Legali presso l’Università degli Studi di Siena*

Corte di Cassazione, Sezione I Civile, sentenza n. 2802 del 7 febbraio  
2014 – Presidente CARNEVALE, Redattore GIANCOLA  
*Diritto all’Anonimato Materno - Procedimento adottivo abbreviato -  
Immediata declaratoria dello Stato di Adottabilità del minore -  
Riconoscimento del figlio - Diritto al Ripensamento - Diritto  
indisponibile alla genitorialità giuridica - Stato di abbandono del  
minore  
(Legge n. 184/1983, art. 11, secondo comma; art. 11, quinto comma;  
Legge n. 357/1974, art. 5; art. 315 bis c.c.; Convenzione delle Nazioni  
Unite sui Diritti del Fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata con  
Legge n. 176/1991)*

**La manifestazione di volontà di non rivelarsi espressa dalla madre biologica prima dell’instaurazione del procedimento adottivo abbreviato non estingue in modo irreversibile il suo diritto indisponibile alla genitorialità giuridica, né è in grado di precludere un successivo riconoscimento del figlio, purché ciò avvenga entro i termini e nei modi previsti dall’art. 11, l. n. 184/1983.**

1. Dopo il parto, una donna decide di non riconoscere la propria figlia naturale, né di volersi avvalere della facoltà di richiedere un termine per provvedere al successivo riconoscimento. La vicenda è, apparentemente, di quelle ricorrenti. Ciononostante, essa suscita particolare interesse giuridico se si tiene conto di alcune specificità proprie.

La madre in questione, di origini congolesi e membro di una congregazione religiosa, afferma, infatti, di essere rimasta incinta a seguito di violenza sessuale subita ad opera di un sacerdote congolese, peraltro mai identificato. Essendo venuta a conoscenza del proprio

stato interessante, anche su consiglio delle suore superiori della Congregazione, decide di trascorrere i mesi antecedenti il parto presso un'associazione di accoglienza di Fano.

A seguito del mancato riconoscimento della bambina da parte della donna, il Procuratore della Repubblica presso il locale Tribunale per i Minorenni chiede al Tribunale minorile la dichiarazione dello stato di adottabilità della minore, nel frattempo affidata a una coppia di coniugi. Ma nelle more del procedimento volto ad accertare lo stato di adottabilità, la madre inaspettatamente decide di riconoscere la figlia. Anche a seguito di tale atto e in considerazione di una valutazione complessa effettuata sulla personalità della donna, con particolare riguardo alle sue capacità genitoriali, il Tribunale minorile riteneva, infine, non doversi dar luogo alla dichiarazione di adottabilità della minore.

La decisione del giudice di prime cure accordava notevole rilevanza alla *«particolarissima situazione in cui la madre biologica versava al momento del parto, tale – secondo tale interpretazione – da non potersi validamente esprimere in ordine alla rinuncia ad un eventuale ripensamento»*, in quanto forte sarebbe stato il suo disorientamento a seguito dell'abbandono della sua condizione di suora e di membro della Congregazione spirituale di appartenenza.

**2.** Contro tale sentenza, presenta ricorso alla Corte di Appello di Ancona il P.M. presso il Tribunale per i Minorenni, contestando in toto l'orientamento tribunalizio, per ragioni che prescindono dall'esame in concreto della capacità o incapacità genitoriale della madre, andando piuttosto a rilevare come l'esatto configurazione della fattispecie in questione, comporterebbe il suo inquadramento nell'ambito del procedimento di adozione di minore cd. "abbreviato" (ex art. 11, secondo comma, l. n. 184/1983) anziché in quello cd. "ordinario" (di cui agli artt. 8 ss. l. n.184/1983).

Il rilievo, foriero di importanti conseguenze sul piano processuale e sostanziale, si basa su una stretta interpretazione letterale della norma in questione (l'art. 11, l. n.184/1983, per l'appunto), che prescrive, qualora il minore non sia riconosciuto all'atto della nascita e non venga esercitata la facoltà di chiedere un termine per provvedere a un futuro riconoscimento, la immediata declaratoria dello stato di adottabilità del soggetto, senza necessità di ricorrere a ulteriori accertamenti, a meno

che – per l'appunto – non vi sia una richiesta di sospensiva della procedura da parte di chi, proclamandosi genitore naturale, chieda un termine per provvedere al riconoscimento.

La *ratio* della disposizione legislativa *extra codicem* testé richiamata andrebbe individuata, secondo la dottrina, nella finalità di garantire al minore versante in stato di abbandono (perché non riconosciuto alla nascita e privo di qualsivoglia forma di assistenza materiale e spirituale, nonché del nome e quindi del suo prioritario diritto alla identità personale) un celere inserimento in una famiglia dove poter ricevere non soltanto il necessario sostentamento, ma anche quell'affetto e quell'attenzione fondamentali per il corretto sviluppo della sua personalità e per la sua crescita, così come sancito dall'art. 30 Cost., dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo del 20.11.1989, ratificata dall'Italia con l. n.176/1991, e, da ultimo, dall'art. 315*bis* c.c., così come inserito dall'art. 1, c. 8, l. n. 219/2012.

Si tratta, a ben vedere, di una previsione d'urgenza pensata per quei casi in cui il minore versi in stato di abbandono, al quale non sia stato ancora attribuito nemmeno un nome e, quindi, si renda assolutamente necessario procedere con sollecitudine. La norma, pertanto, fa riferimento a situazioni caratterizzate da una concreta esigenza di salvaguardia degli interessi superiori del bambino, tali da non potersi attendere la definizione del procedimento ordinario previsto dagli artt. 8 e seguenti della suddetta Legge con riferimento ai casi ordinari.

In tali delicate ipotesi, il giudice deve procedere – stante il disposto normativo – «*immediatamente*» alla dichiarazione di adottabilità, salvo che il sedicente genitore non eserciti la facoltà di richiedere un termine per provvedere al riconoscimento, come in effetti accadeva nel caso di specie, dove la madre naturale decideva di rivelarsi circa tre mesi dopo la nascita della bambina.

Peraltro, la Corte d'Appello di Ancona reputava tardivo il riconoscimento effettuato dalla madre biologica e, di conseguenza, non suscettibile di mutare il procedimento da “abbreviato” a “ordinario”, quindi anche inefficace ai fini dell'esito della causa.

Va da sé, infatti, che il cd. “diritto al ripensamento” non può essere riconosciuto vita natural durante, bensì deve essere accordato entro limiti temporali ben definiti, onde evitare ravvedimenti soltanto formali e dettati da motivazioni estranee all'interesse genitoriale, che possano



in ultima analisi anche arrecare dei pregiudizi all'interesse superiore del minore.

Pertanto, a parere della Corte territoriale, essendo tale riconoscimento, nel caso prospettato, intervenuto a distanza di tempo considerevole dalla nascita della minore, e dovendosi escludere che la madre non fosse stata messa nelle migliori condizioni per poter valutare (sin dai mesi antecedenti il parto) le conseguenze delle proprie azioni e decisioni, andava negata la possibilità di poter addivenire a una sospensione del procedimento abbreviato o, come anticipato, a una sua conversione nel più ponderato procedimento ordinario.

In conclusione, il riconoscimento effettuato dalla donna, sarebbe risultato del tutto inefficace nonché improduttivo di effetti giuridici, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 11, l. n.184/1983.

3. La Suprema Corte, alla cui attenzione viene infine portato il caso, ritiene di dover partire dalla constatazione che vada garantito e tutelato, con assoluta priorità e nei limiti del possibile, il diritto del minore a vivere nella propria famiglia naturale<sup>1</sup>. È questa, infatti, la stella polare dell'intera disciplina in materia di filiazione, in particolare a seguito della novella normativa del 2001 che ha profondamente inciso sulla l. n.184/1983.

Ciononostante, tale diritto del minore a crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia non possiede carattere assoluto, dovendosi arrestare di fronte a una situazione di carenza di cure materiali e morali – da parte dei familiari – che possa pregiudicare in maniera grave il corretto sviluppo psico-fisico del bambino<sup>2</sup>. In tali

---

<sup>1</sup> Principio informatore dell'intera materia e pacificamente riconosciuto a livello legislativo dall'art. 1, L. n. 184/1983; sul punto, si è pronunciata, da ultimo, Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2013, n.5013; Cass. civ., sez. I, 29-03-2011, n. 7115 offre una lettura più restrittiva del significato da attribuire alla norma in questione, evidenziando come, in ogni caso, essa «attribuisca al minore il diritto di crescere nell'ambito della propria famiglia d'origine come prioritario - considerandola l'ambiente più idoneo al suo armonico sviluppo psicofisico - e miri a garantire tale diritto attraverso la predisposizione di interventi diretti a rimuovere situazioni di difficoltà e di disagio familiare».

<sup>2</sup> Cass. civ., sez. I, 14 aprile 2006, n.8877; sostanzialmente conforme Cass. civ., sez. I, 16-06-2010, n. 14570, secondo cui «il principio per cui il minore ha diritto a crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia non va interpretato in senso assoluto; pertanto, dovrà farsi luogo all'adozione laddove il programma di

ipotesi di abbandono materiale e spirituale il giudice di merito dovrà dichiarare, ai sensi dell'art. 8, l. n.184/1983, lo stato di adottabilità del minore stesso, sacrificando così la sua esigenza di crescita in seno alla famiglia d'origine.

Vista la rilevanza dei valori in gioco, tuttavia, l'accertamento della situazione di abbandono dovrà pur sempre essere effettuato con la massima prudenza, avendo particolare riguardo alla inadeguatezza della vita offerta dai genitori biologici o alla loro oggettiva incapacità a prendersi cura del minore. Tale situazione non ricorre, peraltro, qualora sussista una causa di forza maggiore che abbia carattere transitorio<sup>3</sup>.

Resta, comunque, il fatto che la dichiarazione di adottabilità è pur sempre considerata come l'*extrema ratio* da parte dell'Ordinamento, e quindi da essere presa in considerazione soltanto laddove né l'ambiente familiare, né gli interventi e i sostegni pubblici posti in essere a favore della famiglia d'origine siano stati in grado di sortire effetti positivi, ovvero di garantire lo sviluppo armonico del bambino e un corretto sviluppo della sua personalità<sup>4</sup>.

4. Va, peraltro, ribadito come tale interesse del minore, pur rappresentando il fulcro dell'intera disciplina, non si ponga necessariamente in contrapposizione con il pure importante diritto soggettivo alla genitorialità, ormai pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza e dotato, secondo la Cassazione, di rilevanza costituzionale<sup>5</sup>. Esso risulta strettamente correlato al diritto al riconoscimento del proprio figlio naturale, del quale è al contempo conseguenza e logica premessa.

---

*sostegno, individuato affinché la famiglia possa assolvere ai suoi compiti educativi, non ottenga l'effetto sperato».*

<sup>3</sup> cfr. Cass. civ., sez. I, 18-06-2012, n. 9949, per la quale «*lo stato di abbandono che giustifica la dichiarazione di adottabilità non ricorre qualora sussista una causa di forza maggiore, cioè un ostacolo esterno posto dalla natura, dall'ambiente, da un terzo che s'impone alla volontà del genitore e che il legislatore del 1983 (...) ha qualificato come transitorio, alla luce del preminente interesse del minore; ne consegue che tale transitorietà debba essere necessariamente correlata al tempo di sviluppo compiuto e armonico del minore stesso».*

<sup>4</sup> Come ha tenuto a precisare, anche di recente, Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2013, n.5013.

<sup>5</sup> A tal riguardo, cfr. Cass. civ., sez. I, 3 gennaio 2008, n.4.

Entrambi i diritti, in quanto concernenti lo stato giuridico delle persone, sono da considerarsi come indisponibili dai rispettivi titolari e, quindi, non rinunciabili preventivamente, sia sul piano del diritto sostanziale sia, di riflesso, su quello delle facoltà processuali relative al loro esercizio.

Tanto premesso, la Suprema Corte rileva come sia la legge stessa a prevedere delle ipotesi (da intendersi, manco a dirlo, come tassative) in cui tale diritto soggettivo alla genitorialità giuridica possa considerarsi irrimediabilmente estinto. A tal riguardo, l'ultimo comma dell'art. 11, l. n. 184/1983 stabilisce che soltanto l'intervenuta dichiarazione di adottabilità del minore e il suo affidamento pre-adoattivo precludono al genitore naturale la strada del riconoscimento del figlio. Pertanto, va da sé che la eventuale richiesta di sospensione ben possa intervenire durante la pendenza del procedimento adottivo abbreviato – non essendo previsti dalla legge né termini di decadenza né, tanto meno, sia consentito al genitore di rinunciarvi preventivamente – purché ciò avvenga prima della definizione del procedimento di primo grado, ovvero nei modi e nei termini individuati dall'ultimo comma dell'art. 11 sopra citato, che individua, pertanto, il “limite massimo” entro cui far valere il diritto al ripensamento, salva l'ipotesi di revoca dell'adottabilità prevista dall'art. 21, l. n.184/1983, la quale, comunque, trova un ostacolo insormontabile nell'affidamento preadottivo.

D'altro canto, se da un lato non sembra potersi negare alla madre la legittimità di una scelta in ordine all'anonimato in occasione della dichiarazione di nascita del proprio figlio biologico<sup>6</sup>, dall'altro lato la

---

<sup>6</sup> Come previsto dall'art. 30 del D.P.R. n. 396/2000, che le consente di non essere menzionata nella dichiarazione di nascita. Tale volontà materna rientra a pieno titolo nel diritto della donna a mantenere l'anonimato e permette al Pubblico Ministero di procedere con il predetto procedimento adottivo abbreviato. Sul punto, spunti interessanti si ritrovano nel contributo offerto da AVITABILE, *Il diritto all'anonimato in ambito familiare*, in FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome ed identità personale*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da GALGANO, XLVIII, Padova, 2008. Resta imprescindibile sul tema, la decisione della Corte Cost. 25 novembre 2005, n. 425, ove la Consulta afferma che «l'anonimato mira evidentemente a tutelare la gestante che — in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale — abbia deciso di non tenere con sé il bambino, offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere al contempo l'anonimato nella

giurisprudenza di legittimità si mostra monolitica nel ritenere che il mancato riconoscimento immediato del figlio possa rappresentare un indice finanche significativo in favore dell'abbandono – presupposto per l'avvio del procedimento abbreviato – ma che, in ogni caso, non possa mai essere considerato *ex se* condizione necessaria e sufficiente ai fini della declaratoria di adottabilità del minore, come sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità già dalla sentenza “capostipite” in tema, Cass. civ., sez. I, n.2136/1988.

E, tuttavia, tale opzione materna in favore dell'anonimato produce un'importante conseguenza sul piano giuridico: l'apertura del cd. Procedimento abbreviato da parte del Pubblico Ministero Minorile, il quale, stante il disposto legislativo, «*provvede immediatamente, senza ulteriori accertamenti*» alla dichiarazione dello stato di adottabilità del minore (ai sensi dell'art. 11, c. 2, l. n.184/1983).

Ma l'avverbio *immediatamente*, secondo l'indirizzo seguito dalla Cassazione, non può essere interpretato correttamente senza tenere in debita considerazione il seguito della disposizione legislativa in esame, la quale prevede una importante eccezione alla procedura d'urgenza fin qui prospettata, nel caso in cui vi sia una richiesta di sospensione da parti di chi, affermandosi genitore biologico del minore, richieda un termine di sospensione per provvedere al riconoscimento dello stesso.

Il punto cruciale è che la formulazione di tale sospensiva non è soggetta ad alcun termine di decadenza, potendo, quindi, intervenire durante il corso del procedimento abbreviato (sebbene non oltre, come peraltro si è già avuto modo di precisare al §2). Ciò perché, in sostanza, tale facoltà rappresenta, sul piano processuale, il contraltare del diritto sostanziale (e indisponibile) alla genitorialità giuridica. «*E – come rileva la Suprema Corte – se l'accolta richiesta di sospensione è seguita dal riconoscimento del minore entro il concesso termine (da intendersi come perentorio) di due mesi, allora il procedimento abbreviato deve essere concluso, così come espressamente previsto dal quinto comma dell'art. 11, l. n.184/1983*».

Pertanto, l'appunto che viene mosso alla Corte territoriale è quello di avere, in un certo senso, “sopravvalutato” il significato della locuzione «*immediatamente*», attribuendo alla medesima una «*portata assorbente e dirimente*» che non possiede e facendole affermare,

---

*conseguente dichiarazione di nascita*». Tale “diritto all'anonimato” della donna troverebbe copertura costituzionale grazie agli artt. 2 e 32 della Costituzione.

quindi, più di quanto in realtà non intenda fare, mentre, piuttosto, calandola correttamente nel suo contesto, la norma consente alla madre di scegliere l'anonimato e persino di ritrattare il suo consenso dato, implicitamente, all'adozione della figlia. D'altronde, l'art. 5, quarto comma della Convenzione Europea sull'adozione dei minori, ratificata con l. n.357/1974 fugge ogni dubbio al riguardo statuendo che *«il consenso della madre all'adozione del figlio non potrà essere accettato che dopo la nascita di questi, allo spirare del termine prescritto dalla legge e che non dovrà essere inferiore a sei settimane o, ove non sia specificato un termine, nel momento in cui, a giudizio dell'autorità competente, la madre si sarà sufficientemente ristabilita dalle conseguenze del parto»*.

Ora, è evidente come tale ultimo inciso attribuisca grande rilevanza all'accertamento delle condizioni psico-fisiche della madre nel periodo immediatamente successivo alla gestazione, anche per non inficiare la validità della manifestazione di volontà in ordine alla delicata decisione di riconoscere o meno il proprio nato.

Va da sé, infatti, che la condizione *post partum* della donna non possa non essere oggetto di attenta valutazione da parte del giudice di merito, in quanto se è vero che i limiti temporali entro cui far valere un eventuale diritto al ripensamento (e, di conseguenza, procedere a quello che, seppur impropriamente, è stato definito "riconoscimento tardivo" da parte del genitore biologico) sono espressamente individuati dalla legge (per quanto si è detto *infra*, par. 2 e 4), è altrettanto vero che, indipendentemente dall'evoluzione del procedimento minorile, il trascorrere del tempo di per sé produca conseguenze rilevanti sia per il rapporto genitore-figlio (nell'ottica dello stabilizzarsi di una situazione di fatto in grado di incidere persino sul diritto primario alla genitorialità), sia con riferimento all'accertamento in concreto di quello stato di abbandono che è presupposto per la declaratoria di adottabilità del minore.

Ma è altrettanto evidente che, accordando la legislazione notevole importanza alle condizioni della madre dopo un evento notoriamente traumatico come il parto, è da considerarsi oltremodo irragionevole oltre che contrario ai principi dell'Ordinamento, ritenere come tardivo il riconoscimento di un figlio effettuato nei termini di legge e comunque entro un lasso di tempo assolutamente congruo rispetto alle oggettive difficoltà sofferte dalla madre, come in effetti si è verificato

nel caso di cui alla sentenza in commento, laddove la donna si è trovata a dover affrontare un percorso personale di profonda crisi interiore.

Alla luce di tutto ciò, l'orientamento seguito della Cassazione, che nega alla manifestazione di volontà di non rivelarsi intervenuta anteriormente l'apertura del procedimento adottivo abbreviato la possibilità di attribuire efficacia irrimediabilmente estintiva all'indisponibile diritto alla genitorialità giuridica della madre, appare quello maggiormente in linea con le attuali linee di tendenza espresse dalla legislazione interna e sovranazionale, che privilegiano soluzioni per quanto possibili rispettose di un'unità familiare da salvaguardare anche attraverso il recupero del rapporto di filiazione.

5. Tirando le somme, occorre considerare come la Corte di legittimità tenda a suffragare la tesi secondo cui il mantenimento del rapporto tra genitore biologico e figlio sia un valore da preservare non in un'ottica di sterile conservazione del vincolo familiare "a tutti i costi", bensì in quanto costituente la via preferenziale per tutelare gli interessi primari del minore, che vanno rinvenuti essenzialmente nella stabile assistenza materiale e affettiva, fulcro dell'intera disciplina<sup>7</sup>.

A fronte di un indirizzo giurisprudenziale – espresso anche dalla Corte d'Appello – tendente a privilegiare un'interpretazione fin troppo legata alla lettera normativa e maggiormente sensibile a interessi di tipo

---

<sup>7</sup> È quanto affermato dalla giurisprudenza nettamente maggioritaria, soprattutto a seguito della riforma legislativa intervenuta nel 2001; cfr. *Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2011, n. 1838*, nella quale vi è una importante affermazione di tale principio, seppure con delle importanti precisazioni a proposito del significato da attribuire allo "stato di abbandono" che è presupposto per la declaratoria tribunizia dell'adottabilità. In particolare, la Cassazione ha statuito che «*la situazione di abbandono, che ai sensi dell'art. 8 l. n. 184 del 1983 è presupposto necessario per la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore, comportando il sacrificio dell'esigenza primaria di crescita in seno alla famiglia biologica, è configurabile non solo nei casi di materiale abbandono del minore, ma ogniqualvolta si accerti l'inadeguatezza dei genitori naturali a garantirgli il normale sviluppo psico-fisico, così da far considerare la rescissione del legame familiare come strumento adatto ad evitare al minore un più grave pregiudizio ed assicurargli assistenza e stabilità affettiva, dovendosi considerare "situazione di abbandono", oltre al rifiuto intenzionale e irrevocabile dell'adempimento dei doveri genitoriali, anche una situazione di fatto obiettiva del minore, che, a prescindere dagli intendimenti dei genitori, impedisca o ponga in pericolo il suo sano sviluppo psico-fisico*».

pubblicistico<sup>8</sup>, la Suprema Corte oppone una linea che consente di recuperare il dato sostanziale rappresentato dal diritto indisponibile alla genitorialità, che lungi dal risolversi in un vuoto diritto del genitore biologico a diventare padre o madre, acquisisce natura di diritto soggettivo fondamentale in materia, se non altro per la sua peculiare natura di diritto “speculare”, in quanto riconosciuto anche in capo al minore, che ha tutto il vantaggio di vedersi riconosciuto dal proprio padre e dalla propria madre, proprio perché ciò garantisce al meglio, fino a prova contraria, la sua crescita nell’ambito del proprio contesto familiare naturale.

È chiaro – e di questo ne è consapevole la Corte – che non si tratti di un valore assolutamente inderogabile, laddove le condizioni familiari siano tali da non apportare che svantaggi all’interesse del minore a vivere in quel determinato contesto. Ma tali ipotesi, proprio perché consentono di derogare a principi basilari (che sono riconosciuti come prioritari dalla legge e dalle convenzioni internazionali in materia), devono rappresentare un’eccezione e non di certo la regola. E come tali, la legge (nella fattispecie l’art. 11, l. n.184/1983) ne prescrive il perimetro di applicazione.

Di conseguenza, viene vista con disfavore ogni decisione che precluda definitivamente al genitore l’esercizio della propria genitorialità giuridica, salvo che non si verta in ipotesi in cui è l’Ordinamento stesso, avendo compiuto una valutazione aprioristica, a ritenere *ex lege* ormai estinta tale posizione giuridica, ma ciò soltanto perché si sia consolidata una situazione di vita del minore tale da non poter essere più stravolta se non a scapito della sua crescita evolutiva. Quindi, in breve, è pur sempre “l’interesse superiore del minore” a essere tutelato in tali casi, seppure per altra via rispetto a quella principale rappresentata da quella del riconoscimento del diritto alla genitorialità.

Ciò è tanto più vero con riferimento a quelle ipotesi, come quella in commento, in cui la volontà espressa dalla madre in ordine alla

---

<sup>8</sup> *Ex multis*, cfr. Trib. Minorenni Catania, 12 settembre 1996, secondo cui «*nel caso di nascita di minore non riconosciuto da alcuno dei genitori, il tribunale per i minorenni deve immediatamente dichiararne lo stato di adottabilità con decreto motivato soltanto dal mancato riconoscimento, dovendosi soddisfare l’interesse primario e poziore dell’infante alla rapida regolarizzazione del proprio status ed all’erogazione più sollecita ed integrale delle indispensabili cure parentali, senza che sia necessaria la notifica del decreto di adottabilità agli asseriti genitori biologici*».

rinuncia al riconoscimento del proprio figlio, sia avvenuta troppo a ridosso di un evento già di per sé delicato, reso ancora più traumatico dalla particolarissima evoluzione dell'intera vicenda, a partire dalla presunta violenza subita dalla madre che aveva dato luogo al concepimento. Una volontà, pertanto, che ben potrebbe ritenersi viziata, se non in termini di incapacità naturale, quanto meno nella misura di una volontà gravemente compromessa dal corso degli eventi, e quindi meritevole di essere validamente espressa entro un termine di tempo ragionevole, (come in effetti a giudizio della Suprema Corte risulta accaduto nel caso di specie) anche in considerazione dell'importanza degli interessi in gioco, onde evitare che la stretta applicazione della legge conduca a conseguenze inique e al paradosso di comportare danni irreparabili per la crescita del minore.



