



dell'Arma dei Carabinieri  
**Rassegna**

---

Quaderno n. 2/2016

TESI DI LAUREA DEI FREQUENTATORI  
DEL 21° CORSO DI PERFEZIONAMENTO

Anno Accademico 2014-2015

*L'entreprise individuelle à responsabilité limitée*

*E. I. R. L.*

*(Ten. Gaetano Borgese)*

*La documentazione antimafia*

*(Ten. Pietro Cugusi)*

**Scuola Ufficiali Carabinieri, 2016**

# **Rassegna** dell'Arma dei Carabinieri

**Direttore Responsabile**  
Gen. D. Vittorio Tomasone

**Redattore Capo**  
Col. Giuseppe Arcidiacono

**Redazione**  
Lgt. Remo Gonnella  
M.A. s.UPS. Alessio Rumori  
Brig. Mario Pasquale  
App. Sc. Lorenzo Buono

**Direzione e Amministrazione**  
Via Aurelia, 511 - 00165 Roma - tel. 06-66394680  
fax 06-66394746; e-mail:[scuf rassegna@carabinieri.it](mailto:scuf rassegna@carabinieri.it)

**Grafica, Fotocomposizione e Impaginazione**  
a cura della Redazione

**Fonti iconografiche**  
Ministero della Difesa  
Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri  
Scuola Ufficiali Carabinieri

*La «Rassegna dell'Arma dei Carabinieri» è istituita per aggiornare la preparazione specifica dei Quadri dell'Arma offrendo loro argomenti originali sull'evoluzione del pensiero militare e delle discipline giuridiche, professionali e tecnico-scientifiche che più interessano il servizio d'Istituto. La collaborazione alla Rassegna dell'Arma è aperta a tutti. La Direzione è lieta di ricevere articoli o studi su argomenti di interesse, riservandosi il diritto di decidere la loro pubblicazione. Gli articoli di collaborazione diretta sono pubblicati sotto l'esclusiva responsabilità degli autori; le idee e le considerazioni sono personali, non hanno riferimento ad orientamenti ufficiali e non impegnano la Direzione della Rassegna. La Redazione si riserva il diritto di modificare il titolo e l'impostazione grafica degli articoli, secondo le proprie esigenze editoriali. È vietata la riproduzione anche parziale, senza autorizzazione, del contenuto della Rivista.*

Periodico trimestrale a carattere scientifico-professionale a cura della Scuola Ufficiali Carabinieri  
Proprietà editoriale del Ministero della Difesa Iscritto nel Registro della Stampa del Tribunale di Roma  
al n. 305/2011 in data 27-X-2011

Diffuso attraverso la rete internet sul sito [www.carabinieri.it](http://www.carabinieri.it)  
dal Service Provider "BT Italia" S.p.A. Via Tucidide, 56 - 20134 Milano

## PRESENTAZIONE

Nel quaderno n. 2 del 2016, presentiamo, nell'ambito delle iniziative tese a valorizzare ed incrementare la produzione editoriale della "Rassegna", già preannunciate, ulteriori due tesi di laurea degli Ufficiali del 21° Corso di Perfezionamento.

La prima, dal titolo "*L'entreprise individuelle à responsabilité limitée E.I.R.L.*", redatta dal Ten. Gaetano Borgese, descrive il nuovo istituto del diritto francese volto alla protezione per il patrimonio personale e familiare dell'imprenditore, senza imporre a quest'ultimo le formalità previste per la creazione e la gestione di una società unipersonale.

La seconda, su "*La documentazione antimafia*" del Ten. Pietro Cugusi, in riferimento all'impianto normativo del libro II del Codice Antimafia.

Gen. D. Vittorio Tomasone



*L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE*  
*À RESPONSABILITÉ LIMITÉE*  
**E. I. R. L.**

*Ten. Gaetano Borgese*



## INDICE

<b>Introduzione: Il contesto giuridico antecedente l'entrata in vigore dello statuto dell'EIRL.....</b>	<b>8</b>
<i>A) Il diritto societario e la creazione di una società unipersonale.....</i>	<i>9</i>
<i>B) Il meccanismo della dichiarazione di inapprensibilità .....</i>	<i>13</i>
<i>C) Il modello del micro imprenditore .....</i>	<i>17</i>
<i>D) L'esperienza francese del trust: la fiducie .....</i>	<i>20</i>
<i>E) Il percorso storico della nozione di patrimonio separato .....</i>	<i>26</i>

### CAPITOLO I

#### **Lo statuto dell'imprenditore a responsabilità limitata: aspetti della creazione di un patrimonio separato**

<b>1.1 Profili soggettivi: chi può effettuare la separazione patrimoniale.....</b>	<b>33</b>
1.1.1 <i>Il minore imprenditore.....</i>	<i>34</i>
<b>1.2 Profili oggettivi della creazione di un patrimonio separato.....</b>	<b>40</b>
1.2.1 <i>La nozione di patrimonio separato.....</i>	<i>41</i>
1.2.2 <i>I beni destinati al patrimonio separato .....</i>	<i>54</i>
1.2.3 <i>Il rapporto con il sistema societario.....</i>	<i>56</i>
<b>1.3 Le condizioni formali per la creazione di un patrimonio separato.....</b>	<b>61</b>
1.3.1 <i>Le formalità finalizzate a stabilire la conoscenza dell'estensione del patrimonio         separato.....</i>	<i>64</i>
1.3.2 <i>Le formalità necessarie a rendere opponibile ai terzi la separazione patrimoniale ..</i>	<i>66</i>
<b>1.4 Il legame fra l'imprenditore e il patrimonio da questi costituito .....</b>	<b>68</b>
1.4.1 <i>I contrappesi alla separazione patrimoniale .....</i>	<i>69</i>
1.4.2 <i>La natura giuridica del patrimonio separato dell'EIRL.....</i>	<i>70</i>
1.4.3 <i>La qualificazione del patrimonio come un bene.....</i>	<i>71</i>
1.4.4 <i>La qualificazione del patrimonio come un'universalità .....</i>	<i>73</i>
1.4.5 <i>Aspetti del funzionamento dell'attività imprenditoriale dell'EIRL.....</i>	<i>77</i>

## CAPITOLO II

### Le modalità di gestione del patrimonio separato

2.1	<b>L'assenza di personalità giuridica, effetti sulla gestione</b> .....	83
2.1.1	<i>Il ricorso alla nozione della rappresentanza</i> .....	84
2.1.2	<i>La gestione diretta del patrimonio separato e il ricorso al mandato</i> .....	85
2.1.3	<i>Particolari formalità richieste durante la gestione del patrimonio separato</i> .....	88
2.2	<b>L'evoluzione del patrimonio separato</b> .....	89
2.2.1	<i>Mutamenti di estensione del patrimonio separato</i> .....	90
2.2.2	<i>L'alienazione dei beni del patrimonio</i> .....	94
2.3	<b>La trasmissione del patrimonio mediante atti <i>inter vivos</i></b> .....	97
2.4	<b>L'estinzione del patrimonio separato</b> .....	108
2.5	<b>Creazione di più patrimoni separati</b> .....	110
2.5.1	<i>Una seconda dichiarazione di separazione</i> .....	111
2.5.2	<i>La situazione dei creditori professionali dopo la creazione di un ulteriore patrimonio separato</i> .....	114

## CAPITOLO III

### La responsabilità dell'EIRL

3.1	<b>Limitazioni del rischio di impresa</b> .....	119
3.1.1	<i>La determinazione delle garanzie dei differenti creditori</i> .....	120
3.1.2	<i>La costituzione di garanzie fra i differenti patrimoni dell'EIRL</i> .....	122
3.1.3	<i>La protezione dei creditori dagli abusi dell'EIRL</i> .....	125
3.2	<b>Le vicende dell'EIRL in difficoltà finanziaria</b> .....	130
3.2.1	<i>L'adattamento del diritto di prevenzione delle difficoltà delle imprese allo statuto dell'EIRL</i> .....	131
3.2.2	<i>La gestione dell'ERIL nel periodo sospetto e gli atti soggetti a nullità</i> ....	134
3.2.3	<i>I principi alla base dell'ordinanza del 9 dicembre 2010</i> .....	137
3.2.4	<i>I casi in cui la separazione patrimoniale viene meno nel corso di una procedura collettiva</i> .....	142
3.2.5	<i>L'applicazione delle procedure di sovraindebitamento all'EIRL</i> .....	146

<b>3.3</b>	<b>La responsabilità residuale in capo all'EIRL</b> .....	151
3.3.1	<i>La responsabilità personale dell'Eirl coinvolto in una procedura Collettiva</i> .....	152
3.3.2	<i>La base teorica per una nozione di responsabilità personale residuale dell'EIRL</i> .....	157

#### *CAPITOLO IV*

#### **Gli sviluppi dello statuto dell'EIRL**

<b>4.1</b>	<b>L'interazione fra la dichiarazione di inapprensibilità e lo statuto dell'EIRL</b> .....	161
<b>4.2</b>	<b>Confronto fra Eurl, auto-imprenditore ed EIRL</b> .....	164
<b>4.3</b>	<b>La trasformazione dell'EIRL in società</b> .....	168
<b>4.4</b>	<b>L'evoluzione dello statuto negli ultimi anni</b> .....	176
	<b>Conclusioni</b> .....	181

## INTRODUZIONE

### IL CONTESTO GIURIDICO ANTECEDENTE L'ENTRATA IN VIGORE DELLO STATUTO DELL'EIRL

Per mezzo della legge del 15 giugno 2010, riguardante *l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, il diritto francese si è arricchito di un nuovo istituto giuridico, volto ad assicurare, così come emerge nel corso dei lavori parlamentari, protezione per il patrimonio personale e familiare dell'imprenditore, senza imporre a quest'ultimo le formalità previste per la creazione e la gestione di una società unipersonale<sup>1</sup>.

Quello della tutela del piccolo imprenditore è un problema avvertito da tempo all'interno dell'ordinamento e nella società francese. Secondo le previsioni dell'art. 2284 *Code Civil* l'imprenditore individuale risponde con la totalità del suo patrimonio per i debiti professionali<sup>2</sup>, e questo era avvertito come fattore di instabilità e come profonda ingiustizia<sup>3</sup> per una consistente fascia della società civile.

Dati dell'INSEE alla mano, nel periodo precedente all'entrata in vigore della legge si stimava che la metà degli imprenditori francesi esercitavano la loro attività professionale in nome proprio. In particolare, con data al 1° gennaio 2008, di 3.003.693 imprese recensite, il 51,4% erano organizzate in forma di società, il 48,6% (corrispondente a 1.459.563 imprese) erano persone fisiche.

A marzo del 2010 di 69.699 imprese create in Francia, 43.828 (62,88%) erano

---

1 V. «Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Par M. Jean-Jacques Hyest, Sénateur». Cfr. F. VAUVILLE, Commentaire de la loi du 15 Juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Répertoire du notariat Defrénois, 15 Septembre 2010, n. 15, p. 1649.

2 L'articolo del Codice Civile prevede che: «*Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.*».

3 V. «Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (n. 2265), par Mme Laurée De La Raudière, Députée». In merito a questa ingiustizia, H. NOVELLI, Segretario di Stato per le PME, aveva affermato che: «*Un scandale qui voulait qu'un artisan ou un commerçant, après un revers de fortune, puisse se retrouver littéralement à la rue, ruiné, sans possibilité de rebondir. Nous avons, la société française avait tacitement accepté le fait que des dizaines de milliers de nos compatriotes, commerçants et artisans, se retrouvent totalement ruinés, quand, dans le même temps, nous nous efforcions, légitimement, de renforcer les protections sociales pour toutes les autres catégories de la population. Voilà la réalité. C'est une réalité que nous devons affronter aujourd'hui avec courage*» (v. JOAN CR 1re séance, 17 févr. 2010).

imprese individuali che avevano adottato la formula dell'auto-imprenditore, 9.967 (14,30%) altri tipi di imprese individuali e 16.004 (22,96%) società<sup>4</sup>.

L'istituto oggetto di questa tesi di laurea si va a sovrapporre a modelli societari e a meccanismi di tutela del patrimonio dell'imprenditore che erano stati creati per garantire protezione a chi si affacciava sul mercato del lavoro in forma individuale, sia in tempi risalenti, sia negli anni immediatamente precedenti il 2010. Dato che la legge del 15 giugno 2010, i successivi decreti e le novelle intervenute non hanno fatto *tabula rasa* di questa ricca produzione di modelli, diviene molto importante, prima di poter entrare nel cuore dello statuto dell'EIRL, esaminare le rotte seguite dal legislatore francese in passato. La causa dell'importanza di questa analisi risiede nel fatto che, sopravvivendo alla nascita dell'EIRL, queste realtà giuridiche hanno sviluppato intrecci con il nostro statuto, colmandone le lacune o semplicemente fornendo all'imprenditore soluzioni alternative a quanto disposto dalle norme. Non si può quindi parlare dell'*entrepreneur individuel à responsabilité limitée*<sup>5</sup> senza prima avere chiaro il quadro precedente la riforma.

Segue, per le ragioni dette, un'analisi schematica e concisa delle esperienze precedenti, con cui si cerca di fornire al lettore una visione più completa possibile delle modalità di tutela dell'imprenditore individuale, partendo dal modello della società unipersonale che, storicamente, è stato il primo tentativo di limitazione della responsabilità per chi individualmente opera nel mercato. Di seguito sarà fatta un'analisi riguardante altri istituti antesignani della separazione del patrimonio.

#### A) *Il Diritto Societario e la creazione di una società unipersonale*

In passato si è assistito ad un susseguirsi di misure volte alla creazione di sistemi di protezione patrimoniale efficienti, ma comunque non lesivi degli interessi dei creditori. La prima misura fu frutto della legge del 11 luglio 1985<sup>6</sup>, che creò la *Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* (EURL). All'epoca, la tecnica alternativa per la limitazione di responsabilità, poi sviluppata con lo Statuto dell'EIRL, ossia il *patrimoine d'affectation*<sup>7</sup>, era

---

4 Fonte «INSEE, *Séries longues: Créations d'entreprises*».

5 D'ora in poi, tradurremo *entrepreneur individuel à responsabilité limitée* con imprenditore individuale a responsabilità limitata.

6 *Loi n. 85-697 du 11 Juillet 1985*.

7 D'ora in poi, tradurremo *patrimoine d'affectation* con patrimonio separato. La scelta di tradurre *affectation*

stata abbandonata a causa della sua complessità. Si trattò di un punto di svolta nel diritto societario francese: permettere la creazione di una società unipersonale era rinunciare al carattere contrattuale della società, ossia all'*affectio societatis*, quel vincolo soggettivo che caratterizza i contratti aventi comunione di scopo, quali i contratti di società, di associazione, di consorzio. Nell'attività o nell'organizzazione di gruppo, infatti, esistono per tutti i contraenti interessi identici e preordinati ad un medesimo fine. Nella disputa su quale dovesse essere il principio prevalente fra quello dell'unicità del patrimonio e quello del carattere contrattuale della società, il legislatore del 1985 non esitò a stabilire la prevalenza del primo sul secondo<sup>8</sup>.

Ora, il ricorso al modello societario unipersonale non era l'unica strada che il legislatore poteva battere. Il suo determinarsi in questa direzione segue i limiti che ha incontrato nei suoi vari tentativi di limitare la responsabilità dei contraenti. A quel tempo, infatti, si preferì la società unipersonale al modello del *patrimoine d'affectation*, che comportava il superamento della visione monista del patrimonio personale. L'istituzione di quest'ultimo modello, infatti, era in aperto contrasto con la regola dell'unità patrimoniale. Inoltre, si aveva la convinzione, forse infondata, che la XII direttiva del Consiglio delle Comunità Europee<sup>9</sup> favorisse la creazione di *entreprises unipersonnelles*. Ma soprattutto, l'uso di tali società permetteva di fare una notevole economia di mezzi: vista la somiglianza del modello di questa società con quello delle *limited liability companies* (LLC), risultava sufficiente a adattare le norme sulla *Société à responsabilité limitée* (SARL) al socio unico, aiutandosi con i contenuti del modello anglosassone<sup>10</sup>.

Così facendo, si evitò la sindrome del foglio bianco: il rapporto tra patrimonio personale e quello dell'EURL, che risultava essere il problema più spinoso, risultava già risolto; quindi non c'era bisogno di costruire un sistema dal nulla, contrariamente a quello che sarebbe stato necessario nel caso in cui la scelta fosse ricaduta sulla costituzione di un patrimonio dedicato all'attività professionale. Con la creazione una società unipersonale, i

---

con separato, e non con destinato, è motivabile con una presa di posizione a favore di quella parte della teoria che vede nel patrimonio professionale e nel patrimonio personale due patrimoni soggetti ad un vincolo di destinazione. Per una maggiore comprensione di ciò, v. capitolo I.

8 Il dibattito dottrinale è stato molto caotico, per un preciso riassunto cfr F. TERRÉ, *La personne et ses patrimoines - Des pépins par milliers*, JCP N 52. 27 déc. 2010, 1328.

9 V. Dodicesima direttiva 89/667/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, in materia di diritto delle società, relativa alle società a responsabilità limitata con un unico socio.

10 V. P. SERLOOTEN, *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* in Recueil Dalloz 1985, p. 187.

singoli imprenditori hanno avuto accesso ad una struttura prefabbricata all'estero, che ha permesso loro di limitare realmente la responsabilità personale, di gestire meglio la loro attività e di essere in grado di trasferirla ai propri successori senza problemi.

Esaminando quanto disposto sull'EURL prima dell'introduzione dell'EURL, possiamo a grandi linee affermare che è una speciale forma di società a responsabilità limitata nella quale l'imprenditore è soggetto esclusivamente a perdite nella misura del proprio apporto iniziale. Rispetto alla SARL le regole sono semplificate in materia di costituzione. Va sottolineato, in più, che, seppure gestito da una sola persona, l'EURL non è un *entreprise individuelle* e che il proprietario-gestore di un EURL è considerato un *gérant* (Amministratore), non un *travailleur indépendant*. Il socio ha l'obbligo di nominare l'amministratore delegato, che ha la responsabilità legale sulla gestione della società; tale persona è normalmente il socio ma può anche essere un altro soggetto. La decisione di nominare un *gérant* diverso dal proprietario ha importanti implicazioni di diritto legale, fiscale, di sicurezza sociale e di occupazione.

Per la costituzione, l'imprenditore può scegliere la forma societaria nel momento iniziale della sua attività o passare dall'attività a proprio nome a questa forma sociale nel corso della vita imprenditoriale. L'atto di creazione non è ovviamente un contratto, ma un atto unilaterale di volontà. Il contraente può essere socio unico di diverse EURL, il che gli permette di isolare diverse attività e limitare le perdite alle singole attività. Il legislatore ha ripetutamente incoraggiato l'uso dell'EURL. In primo luogo, la *Loi pour l'initiative économique* del 1° agosto 2003<sup>11</sup> ha rimosso il requisito del capitale sociale minimo, che ora è fissato liberamente dallo Statuto e può essere anche di solo un euro. In seguito, la legge a favore delle piccole e medie imprese del 2 agosto 2005 ha stabilito un modello base per lo statuto sociale, che con la legge di modernizzazione dell'economia del 4 agosto 2008 si applica automaticamente all'EURL, a meno che l'interessato presenti uno statuto diverso nella domanda di registrazione.

Per quanto riguarda il trattamento di favore al momento dello scioglimento della società, con la *loi n. 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques* del 15 maggio 2001 si è stabilita una deroga al trasferimento immediato del patrimonio della società al socio unico al momento dello scioglimento dell'EURL. In particolare, per salvaguardare l'auto-

---

11 *Loi n. 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique.*

imprenditore, si è stabilito che se l'azionista unico è un individuo, non vi è alcun trasferimento universale dalla società sciolta al singolo<sup>12</sup>. Ciò per evitare che, con lo scioglimento, sull'imprenditore gravassero passività del patrimonio sociale superiori agli attivi. Anche sul piano fiscale sono previste delle agevolazioni.

Ai fini fiscali, l'EUURL (il cui socio unico è una persona fisica), è in linea di principio soggetto all'imposta sul reddito, ma può optare per l'imposta sulle società. In quest'ultimo caso, le spese di gestione sono deducibili dal reddito imponibile e sono computate come voce del reddito del gestore.

Sempre in tema di diritto societario il legislatore è intervenuto nuovamente con la legge del 12 luglio 1999 per introdurre la SAS (*Société par Actions Simplifiée*) *unipersonnelle*, cosiddette SASU, ossia una società per azioni formata da un unico socio (che può essere una persona fisica o giuridica). In sostanza, la SASU (come la SAS) è una versione semplificata di una SA (*Société Anonyme*). La differenza con la SA riguarda, tra l'altro, la gestione e il trasferimento delle azioni, operazioni che sono state rese più flessibili in quanto liberamente organizzabili con lo *statuts* (statuto sociale). Infatti, nella SA, questi sono atti di gestione disciplinati dalla legge (*Code de Commerce*) e, siccome questo quadro giuridico sembrava comportare un'eccessiva rigidità e formalità per le piccole e medie attività, si è voluto venire incontro alle piccole e medie imprese attraverso la creazione delle SAS e delle SASU. Se la gestione della società è liberamente organizzata dallo statuto, ci deve essere almeno un *président*, che può essere un individuo o anche una società. Il *président* gestisce la società con i più ampi poteri e la rappresenta per tutti gli atti che sono ad essa associati. La SASU è soggetta all'imposta sul reddito delle società. Così come per l'EUURL, dal 2009, non esiste capitale minimo e di conseguenza la società può essere creata con 1 €. Questo capitale è diviso in azioni. La libertà di organizzazione, tuttavia, richiede l'appoggio alla competenza di professionisti e quindi ha un costo. Il principale svantaggio di questo tipo di società, invero, sta nel fatto che è imposta per legge la nomina del *commissaire aux comptes* la cui funzione è quella di garantire la corretta presentazione del bilancio e la denuncia di qualsiasi violazione di legge nella gestione della società. Secondo il legislatore del 2010 queste soluzioni (l'EUURL e la SASU) non si sono rivelate all'altezza delle aspettative. Si sottolineò da più parti che la creazione dell'EUURL

---

12 V. D. LECOMTE, *L'EUURL : Structure d'organisation de l'entreprise*, Paris: L'Harmattan, 2004.

non aveva suscitato quell'entusiasmo sperato e si giustificò la tiepida reazione del mondo imprenditoriale con una scarsa propensione, da parte dei piccoli imprenditori, a sottostare alle procedure e alle formalità richieste per la costituzione di una persona giuridica. Le tecniche societarie, in particolare, avevano anche un problema in materia di accesso al credito: le banche, infatti, richiedevano garanzie sul patrimonio personale dell'imprenditore per concedere credito alla società.

B) *Il meccanismo della dichiarazione di inapprensibilità*

Per tamponare la falla nel meccanismo di protezione garantito dalla creazione di una società unipersonale, si intervenne con la *loi Madelin du 11 février 1994*<sup>13</sup>, riguardante l'iniziativa e l'imprenditoria individuale. Si introdusse così il *bénéfice de discussion*, una deroga al principio secondo il quale il creditore può liberamente scegliere le misure ritenute necessarie all'esecuzione o la conservazione del suo credito. In particolare, l'imprenditore poteva chiedere al creditore professionale che l'esecuzione del debito fosse perseguita in via prioritaria sui mezzi necessari per il funzionamento dell'impresa. La legge richiedeva la sussistenza di due condizioni. In primo luogo, la domanda doveva essere di natura contrattuale ed avere la sua causa nella attività professionale del contraente. In secondo luogo, il contraente doveva dimostrare che il patrimonio aziendale era di valore sufficiente a garantire il pagamento del debito.

Questa misura si rivelò subito abbastanza debole, soprattutto per la scarsa efficacia nella protezione del patrimonio in relazione alle stringenti condizioni da soddisfare per poter godere degli effetti. Si era semplicemente introdotto il principio di sussidiarietà nel perseguimento dell'esecuzione del credito, tant'è vero che, laddove il patrimonio professionale risultava essere insufficiente, il creditore ben poteva aggredire il patrimonio personale dell'imprenditore. Va anche considerato che lo scarso successo era causato dal fatto che, ricorrendo alla dichiarazione di sussidiarietà, l'imprenditore, pur salvaguardando il suo patrimonio familiare, sacrificava i suoi mezzi di sostentamento e rischiava di dover cessare la sua attività professionale.

Frutto di un approccio diverso era *la loi pour l'initiative économique No. 2003-721 du 1er*

---

13 *Loi n. 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle.*

août 2003, che ha modificato l'ordinamento giuridico facendo fare ingresso, nel panorama del diritto, alla *déclaration d'insaisissabilité*<sup>14</sup>. Questa legge, chiamata anche “*loi Dutreil*” dal nome del Segretario di Stato alle Piccole e Medie Imprese (PME), a seguito di novella recata dalla legge n 2008-776 di modernizzazione dell'economia del 4 agosto 2008, consente all'imprenditore individuale di dichiarare non aggredibili, da parte dei suoi creditori professionali, la sua residenza principale e ogni fondo di proprietà, edificato o meno, purché non sia assegnato ad un uso professionale. Il campo di applicazione della dichiarazione è soggetto ad un doppio limite, soggettivo ed oggettivo.

Per quanto riguardava l'ambito di applicazione *ratione personae*, l'articolo L. 526-1 del Code de Commerce<sup>15</sup> ha come destinatari individui registrati in un *registre de publicité légale à caractère professionnel* e coloro che risultavano impegnati nel lavoro agricolo o indipendente. Erano quindi esclusi i beni di proprietà di una società. Quindi, non può essere oggetto di una dichiarazione quell'immobile detenuto da una qualsiasi società, fosse anche una società unipersonale. L'ambito di applicazione *ratione materiae*, su cui è intervenuto successivamente il legislatore, in origine prevedeva che l'esenzione operasse esclusivamente per l'edificio in cui è stata fissata la residenza principale della persona. La legge di modernizzazione dell'economia del 4 agosto 2008 ha ampliato il settore dei beni dichiarabili inapprensibili, arrivando a far ricomprendere qualsiasi bene fondiario, edificato o non edificato, non destinato all'uso professionale. Inoltre, è possibile inserire nella dichiarazione quella parte dell'immobile a uso misto, non assegnato ad un uso professionale. Mobili e edifici utilizzati per l'attività professionale, pertanto restano esclusi dall'ambito di applicazione della dichiarazione.

I termini di realizzazione prevedono che la dichiarazione debba pervenire al notaio

---

14 Tradurremo questo termine con dichiarazione di inapprensibilità.

15 «*Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel. Toutefois, cette déclaration n'est pas opposable à l'administration fiscale lorsque celle-ci relève, à l'encontre du déclarant, soit des manœuvres frauduleuses, soit l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, au sens de l'article 1729 du code général des impôts. Cette déclaration, publiée au fichier immobilier ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au livre foncier, n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, postérieurement à la publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant. Lorsque le bien foncier n'est pas utilisé en totalité pour un usage professionnel, la partie non affectée à un usage professionnel ne peut faire l'objet de la déclaration que si elle est désignée dans un état descriptif de division. La domiciliation du déclarant dans son local d'habitation en application de l'article L. 123-10 ne fait pas obstacle à ce que ce local fasse l'objet de la déclaration, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire.*».

accompagnata da una descrizione dettagliata delle caratteristiche del bene, con la specificazione del fatto che fosse una *res* appartenente al patrimonio comune ai due sposi o fosse una *res* indivisa fra due comproprietari. Di seguito è stata stabilita una doppia misura di pubblicità. Una, inerente alla natura del bene in questione, è la pubblicazione della dichiarazione nel registro del *bureau des hypothèques*. L'altra, diretta a rafforzare la tutela dei creditori, consiste nell'indicazione dell'atto all'interno del *registre de publicité légale* o nell'equivalente pubblicazione in un giornale di annunci legali. Gli effetti della dichiarazione, previsti all'articolo L. 526-1 del Code de Commerce, introducono una deroga agli articoli 2284 e 2285<sup>16</sup> del codice civile, sottraendo alcuni beni del patrimonio al *droit de gage général* dei creditori. Ovviamente questa deroga ha un perimetro delimitato. Da un lato, la dichiarazione ha effetto solo nei confronti dei creditori i cui diritti sorgono dopo la pubblicazione. D'altra parte, la dichiarazione ha effetto nei confronti dei creditori professionali, ossia quei particolari creditori i cui diritti sono nati durante lo svolgimento dell'attività professionale del dichiarante. Gli effetti possono essere differiti in caso di cessione dei diritti di proprietà vantati sull'abitazione principale. Il meccanismo di differimento, detto *mécanisme de report*, si articola in due fasi. In primo luogo, il guadagno ottenuto con la trasmissione del diritto era *insaisissable* esclusivamente se, entro un periodo di un anno dall'atto di vendita, la somma sia stata destinata all'acquisto di abitazione principale, con esclusione di qualsiasi altro tipo di proprietà immobiliare. Inoltre la dichiarazione precedente ha effetto solamente per quella frazione del valore dell'abitazione principale corrispondente al valore del bene venduto, così come risultante al momento della dichiarazione di esclusione; una nuova *déclaration d'insaisissabilité* può perciò essere necessaria per la restante parte del valore. Il contraente è però in grado di cambiare residenza mantenendo il privilegio nato alla data della pubblicazione iniziale. Gli effetti cessano alla morte del dichiarante; la protezione del patrimonio si estende, infatti, solo per la durata dell'attività imprenditoriale e non si trasmette agli eredi. A ciò si deve aggiungere che i beni indicati nella dichiarazione possono, tuttavia, essere comunque aggrediti dagli altri creditori, cioè quelli aventi un credito di natura privata.

L'approccio, come si può subito intuire, appare subito più sfumato rispetto alle

---

16 «Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence».

esperienze analizzate precedentemente, essendo il legislatore approdato attraverso il riconoscimento dell'inapprensibilità della abitazione principale (così come da principio stabilita dalla legge del 1° agosto 2003 per l'iniziativa economica) a un'innovazione teorica non senza conseguenze. Applicabile a tutti i tipi di singoli imprenditori, questa dichiarazione aveva certamente effetto esclusivamente nei confronti dei creditori professionali che vantassero crediti nati dopo la pubblicazione secondo le forme di rito, ma era una vera e propria protezione contro *les aléas de l'activité professionnelle*, i rischi dell'attività professionale, dal momento che la casa di un imprenditore individuale non poteva più essere coinvolta in una procedura di esecuzione, su richiesta dei suoi creditori professionali. Ancora più significativo, risultava poi essere il successivo passo fatto dal legislatore francese, quando cioè è stato esteso il campo dei beni oggetto della dichiarazione.

Se però questo dispositivo è stato ben accolto in termini di principi, è vero anche che pochi imprenditori hanno fatto ricorso alla *déclaration d'insaisissabilité*<sup>17</sup>. Come ragioni di questo fallimento sono stati tirati in causa, così come in materia di EURL, il formalismo necessario affinché la dichiarazione abbia effetti, che sembra essere indigesto agli imprenditori individuali francesi, e il costo connesso alla dichiarazione. Voci contrarie però sostengono che, quella della dichiarazione, è una procedura semplice e poco costosa visto che il costo complessivo è stato stimato in circa cinquecento euro. Forse la causa dello scarso appeal di questo istituto è dovuto al fatto che non tutti i piccoli e medi imprenditori hanno un portafoglio di proprietà e, quando ne hanno uno, è spesso troppo piccolo per evitare che sia usato come garanzia per i finanziatori. Alcuni hanno sostenuto che la dichiarazione è stata snobbata perché nata debole, nonostante la novella del 2008, questo in quanto ha per oggetto solo i beni immobili e non ha permesso di mettere tutti i beni personali del contraente al sicuro dai suoi creditori professionali. Inoltre c'è anche il problema dei creditori professionali risalenti al periodo di attività imprenditoriale precedente alla formalizzazione della dichiarazione. Questi, al momento della concessione del credito, hanno valutato il futuro debitore alla luce di quei beni che solo successivamente sono stati dichiarati intoccabili, ne consegue che nei loro confronti la

---

17 Secondo l'amministrazione fiscale, esclusivamente 10mila *déclarations* sono state depositate nel 2009, anno precedente l'introduzione dell'EURL. V. V. PERRUHOT-TRIBOULET, *Projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Rev. Lamy dr. civ. mars 2010, p. 62.

successiva dichiarazione non ha effetto. Questo dà ovviamente luogo a complicazioni durante la procedura collettive.

Queste sono le ragioni che hanno portato alle dichiarazioni contenute nel preambolo del disegno di legge sullo statuto dell'EIRL. La *déclaration d'insaisissabilité*, da come si può leggere, riguarda pochi imprenditori e non soddisfa le aspettative; in aggiunta, è stato fatto notare dal relatore del progetto al Senato che la dichiarazione rimane un dispositivo sconosciuto per il quale non era stata fatta adeguata promozione presso le parti interessate. Durante tutto il dibattito sono stati sventolati i dati raccolti da *Infogreffe*, il registro *du commerce et des sociétés* gestito direttamente dai cancellieri dei *tribunal de Commerce*: sono state depositate solo 12mila dichiarazioni. Un dato che, al di là delle contestazioni sulla veridicità della rilevazione, impone una riflessione analitica su tutto lo strumento così come pensato, *ab imis fundamentis*.

Oltre l'aspetto quantitativo, infatti, bisogna rilevare soprattutto una mancanza di qualità, una vera e propria falla nel sistema che dovrebbe assicurare la protezione dell'imprenditore, dal momento che non è ancora chiaro come la *déclaration d'insaisissabilité* possa consentire all'imprenditore individuale sottoposto ad una procedura collettiva di salvare i beni immobili che ha precedentemente separato da quelli destinati all'attività professionale, se sussistono, al momento dell'avvio della procedura, creditori che sono indifferenti agli effetti dell'istituto. Quest'ultimi, che sono specialmente quei creditori che vantano un credito di natura privata, ben possono porre nel nulla gli effetti di una protezione di per se già zoppa. Ciò nondimeno, l'estensione del campo di applicazione della dichiarazione a tutti gli edifici non utilizzati per l'attività professionale, avvenuta nel 2008, è subito sembrata il preludio di un dispositivo più ampio, ideato perché superasse il limite di una protezione estesa esclusivamente sui beni immobili.

### C) *Il modello del micro-imprenditore*

Con il costante intento di venire incontro ai disagi e alle difficoltà dei piccoli imprenditori, si è pensato anche di modificare il modello delle micro-imprese. Tale regime era stato introdotto dall'articolo 35 della *loi du 1 août 2003* per l'iniziativa economica. Con una semplice richiesta, le disposizioni consentivano ai lavoratori autonomi di rinunciare

alle consuete modalità di pagamento dei contributi previdenziali (disposizione, regolamento, piastre standard inizio di attività) o attraverso il regime determinato dall'articolo 50-02 del *Code Général des Impôts* (CGI), o secondo lo schema della dichiarazione speciale ai sensi dell'articolo 102 dello stesso CGI. La LME *du 4 août 2008* ha portato delle migliorie a questo modello, permettendo di organizzare la propria attività professionale secondo le modalità di una peculiare forma di *entreprise individuelle*, quella dell'*auto-entrepreneur*. Questa impresa individuale deve rientrare nei limiti del sistema fiscale di micro-impresa, vale a dire, deve avere un giro d'affari non superiore, per un intero anno civile, ad: 1) 82.200 euro per l'attività di vendita di beni, merci, forniture, ristorazione con consumazioni *take-away* o in sala, o per i servizi di hosting, con l'eccezione della locazione di locali residenziali arredati; 2) 32.900 euro per la fornitura di servizi che rientrano nella categoria dei profitti industriali e commerciali (BIC) o profitti non commerciali (BNC).

Per rendere più accattivante il ricorso all'auto-imprenditoria il legislatore ha previsto un regime fiscale realmente conveniente ed un accesso al modello pressoché immediato: poche, infatti, le formalità richieste per l'avvio. Il sistema permette inoltre di anticipare il pagamento delle imposte sociali secondo un importo forfettario del fatturato; l'imprenditore che fa ricorso a questa forma di pagamento anticipato gode di un calcolo forfettario ancora più conveniente laddove sia anche soggetto all'*aide aux chômeurs créateurs ou repreneurs d'entreprise* (Accre), una particolare forma di incentivo per chi crea o riavvia un'impresa<sup>18</sup>. L'attività commerciale è esente dall'imposta IVA e l'imprenditore può detrarre tutte le spese legate all'esercizio della sua professione.

Il modello, così come pensato, ha degli alti e bassi, sia gli uni che gli altri sorprendentemente dovuti all'estrema semplicità della sua disciplina. I vantaggi derivanti dalla scelta dell'auto-imprenditore sono numerosi; in particolare è stato previsto che i requisiti contabili siano ridotti al possesso del *livre de recettes* e del *registre des achats*, eliminando così sovrastrutture contabili inutili per la realtà micro-imprenditoriale. A questa liberazione si aggiunge il fatto che, non essendo imposta alcuna fatturazione dell'IVA (detta TVA), il gestore dell'impresa non ha l'onere della dichiarazione IVA. Come detto, è anche data la possibilità di optare per il pagamento delle imposte con il

---

18 Quest'aiuto è una forma di esonero durante un anno di imposte sociali.

*versement libérateur*, una particolare modalità di calcolo dell'imposta sul reddito. Ovviamente, la contropartita di questo sistema di calcolo "alla fonte" del complesso delle imposte e tasse sociali è l'impossibilità di prevedere con precisione il livello di liquidità alla fine del mese o trimestre, potendosi così rivelare una soluzione in perdita per quel periodo. A questo inconveniente si deve aggiungere il fatto che non è possibile recuperare l'IVA pagata sugli acquisti. Cosa ancora più deleteria è l'assenza del concetto di deficit fiscale: in caso di perdita (quando cioè le spese effettive superano le entrate derivanti dall'esercizio dell'attività), non essendoci una separazione all'interno del patrimonio dell'imprenditore, si avrà ancora un reddito imponibile derivato dagli *assets* patrimoniali d'uso privato. Da ultimo il sistema di pagamento alla fonte dell'imposta sul reddito è incompatibile con l'esenzione dalla tassazione per ragioni di non imponibilità del reddito familiare, questo perché la non imponibilità è, nel processo di calcolo dell'imposta, un'operazione che si effettua successivamente.

Nonostante questo gioco di contrappesi, il modello in questione ha conosciuto, sin dai primi giorni dalla sua attivazione, un successo elevato. Attratti dalla semplicità e dai vari incentivi fiscali, moltissimi imprenditori individuali hanno scelto di ricorrere al modello dell'auto-imprenditore. Dal 1° gennaio 2009, data della sua entrata in vigore, il regime è stato scelto da 360mila imprenditori, un risultato forse ovvio dovuto al fatto che, in tempi di difficoltà finanziarie, come quelli che stiamo affrontando in questo periodo, l'occasione di accedere al mercato *sans engagement* era troppo ghiotta per lasciarsela sfuggire. Ma se il governo, preso dall'entusiasmo dei numeri, ha fatto proprio il successo di questo sistema, gli autori si sono da subito interrogati in maniera critica sullo statuto dell'*auto-entrepreneur*. Ci si domandava, in particolare, se questa versione *light* dell'imprenditore individuale fosse abbastanza equilibrato da scongiurare rischi finanziari connessi al loro impiego. Infatti, l'alleggerimento delle formalità ha avuto come ricaduta la nascita di alcune fonti di insicurezza che si vanno a sommare alla facilità con è possibile eludere il *Code du Travail*. Considerando quest'ultimo caso, si deve invero segnalare che il ricorso allo strumento in questione è stato spesso visto come un escamotage alle rigidità del contratto di lavoro. Da ultimo va sottolineato come giuridicamente, l'auto-imprenditore non è affatto una nuova struttura di diritto per l'esercizio di impresa, ma semplicemente una forma di *entreprise individuelle* agevolata, che come tale non risolve il

problema alla base dell'intervento del legislatore nella creazione dell'EIRL: la permanenza di rischi per il patrimonio familiare del soggetto.

#### D) *L'esperienza francese del trust: la fiducie*

Nell'inverno del 2007, il legislatore francese ha provveduto a normare un istituto giuridico ispirato all'esperienza anglosassone del trust. Pur non ritenendo di far ricorso alla terminologia americana "trust" (si è infatti coniato un nome dal suono francese e con una suadenti richiami al diritto romano piuttosto che al diritto di common law, la fiducie), l'amministrazione francese è pervenuta allo scopo, propagandato dal senatore Philippe Marini, di evitare l'isolamento giuridico della nazione che avrebbe avuto come unico effetto l'allontanamento degli investitori e dei loro capitali. Forte è la convinzione che l'istituto fiduciario non debba rivelarsi un'imitazione del trust ma debba essere una *«fiducie à la française»* essendo vero che *«ne s'agit pas de remédier à la carence du droit français en important "tel quel" le trust anglo-saxon...que est marqué par l'empreinte de la common law, système fort éloigné de notre droit, ce dernier puisant ses racines dans le droit romain<sup>19</sup>»*.

La legge n. 211 del 19 febbraio 2007 ed il successivo decreto d'attuazione n. 725 del 7 maggio 2007 hanno vinto una resistenza che da tempo immemore bloccava progetti di legge recanti tale innovazione<sup>20</sup>. Si era imposto da oltre vent'anni, infatti, un pensiero egemonico per cui l'ingresso di uno strumento simile al trust nel diritto francese si sarebbe rivelato un boomerang, con forti ricadute negative per il contrasto all'evasione fiscale. Elemento rilevatore di questa ossessione dell'evasione fiscale è il fatto che tre quarti della normativa che ha instaurato per la prima volta la *fiducie* sono meramente destinati essenzialmente ad evitare le frodi e si trovano quindi pesantemente precisati nel *Code Général des Impôts*.

Più in generale, la nuova normativa prevista dalla legge n. 2007-211 è stata

---

19 Dal discorso di Pascal Clément, *ministre de la Justice, garde des Sceaux au Sénat*, 17 octobre 2006: «non si tratta di rimediare alla mancanza del diritto francese importando, tale e quale il trust anglosassone... che è marcato da un'impronta di common law, sistema fortemente estraneo al nostro diritto, il quale affonda le sue radici nel diritto romano». V. <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/archives-des-discours-de-2006-10094/proposition-de-loi-sur-la-fiducie-10119.html>, consultato il 3 giugno 2015.

20 L'ordinamento francese conosceva già altre forme di *fiducie c.d. innommées*; si pensi alla *vente à réméré* (artt. 1659 e ss. *code civil*), alla *cession Dailly* (artt. L. 313-23 e ss. *code monétaire et financier*) e alla *titrisation de créances* (artt. L. 214-13 e ss. *code monétaire et financier*).

sparpagliata fra le pagine del *Code Civil* quelle del Codice Monetario e Finanziario (*Code Monétaire et financier*) e principalmente quelle del Codice generale delle imposte (*Code Général des Impôts*). Dall'analisi delle disposizioni si individuano due elementi caratteristici: un trasferimento di beni, diritti o garanzie avente una finalità particolare e ben determinata e la creazione di un patrimonio separato da quello personale del soggetto costituente. La fiducie, infatti, è l'operazione conclusa contrattualmente, per atto notarile in caso di beni indivisi o coniugali o per legge, con la quale uno o più soggetti, detti *constituants*, trasferiscono beni, diritti o garanzie, presenti o futuri, a uno o più *fiduciaires* che, tenendo distinti dal proprio patrimonio personale i beni oggetto della fiducia, agiscono per il perseguimento di un fine determinato o a vantaggio di uno o più *beneficiaires*. La *fiducie* coinvolge quindi tre soggetti: un costituente che desidera destinare dei beni a un determinato scopo, un fiduciario concretamente investito di questi beni per agire al fine di realizzare lo scopo, e un beneficiario che riceverà i vantaggi relativi.

Il modello è molto plastico, infatti, i tre soggetti possono concretamente ridursi a due laddove il costituente o il fiduciario assumano anche il ruolo di beneficiario del contratto. La limitazione delle tipologie di soggetti e la lettera dell'art. 2016 sembrano invece escludere la possibilità che il costituente sia anche fiduciario.

La fiducia, che deve essere espressa e stabilita per legge o per contratto ex art. 2012 del Codice Civile, non ha uno scopo predefinito: si tratta di uno strumento teoricamente duttile, che può essere utilizzato a diversi fini. La dottrina, per questa ragione, ha individuato tre principali tipi di fiducia<sup>21</sup>: la fiducia-gestione (in genere quando il costituente è anche beneficiario, detta *fiducie cum amico*), la *fiducie-garanzia* (quando il fiduciario, creditore del costituente, è istituito beneficiario o *fiducie cum creditore*) e la *fiducie-traslativa* (in cui i beneficiari sono terzi ai quali il costituente vuole attribuire beni).

La normativa introdotta in Francia nel 2007, pur lasciando un'apparente libertà nella determinazione degli scopi, è però di fatto estremamente restrittiva. Inoltre se è vero che il contratto doveva poi precisare gli scopi da perseguire e i poteri del fiduciario, è anche importante notare che eventuali limitazioni dei poteri del fiduciario hanno efficacia soltanto *inter partes*, in quanto nei confronti dei terzi il fiduciario è reputato disporre dei poteri più estesi sul patrimonio fiduciario, a meno che sia dimostrato che i terzi avevano

---

21 V. Y. EMERICH, *Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droits des contrats et droits des biens*, in Rev. intern. dr. Comp., 2009.

conoscenza della limitazione dei suoi poteri. Nel corso del dibattito parlamentare sono emersi svariati timori che hanno portato all'adozione della soluzione che esclude la fiducia-liberalità: in primo luogo il rischio che la *fiducie* potesse servire a fini di evasione fiscale, mascherando trasferimenti di proprietà con una veste fiscalmente neutra; in secondo luogo la paura di incidere profondamente sul sistema della trasmissione dell'eredità e di interferire con i già esistenti istituti in materia di protezione degli incapaci.

Fissando il *focus* sul primo degli elementi caratteristici, il trasferimento, va detto che quest'ultimo avviene dal costituente al fiduciario (soggetti che, pertanto, non possono coincidere) a vantaggio di un beneficiario, che, attenzione, non è parte del contratto e può essere designato anche in un momento successivo. Questa operazione ha una durata limitata nel tempo, infatti non può essere disposta per un periodo superiore a trentatré anni dalla sottoscrizione del contratto (poi portati a novantanove). Il costituente, salvo disposizione contrattuale contraria, può in qualsiasi momento designare un terzo che ha i suoi stessi poteri ed il compito di assicurare la realizzazione degli interessi individuati al momento del trasferimento. Nel contratto va indicata, a pena di nullità, l'estensione del patrimonio oggetto della *fiducie*. La sua indicazione puntuale ha una grande rilevanza per il funzionamento dell'istituto poiché una volta individuato il campo d'azione, la *fiducie* pone in essere un meccanismo di protezione di questi beni, diritti e garanzie, posto che il patrimonio è tenuto al riparo dalle aggressioni di quei creditori che vantano crediti sia nei confronti delle due parti del contratto, sia del beneficiario. Questo perché i creditori del *fiduciaire* non possono trarre vantaggio di una massa patrimoniale che è nella disponibilità del loro debitore senza che ne sia proprietario; i creditori del *constituant* possono reclamare il ritrasferimento del patrimonio solo allo spirare della *fiducie*; quelli del beneficiario non vantano diritti sul patrimonio salvo tre casi: vantano un diritto di sequela con data anteriore al contratto di fiducia, ovvero sono vittime di frode, ovvero il costituente ha trasferito i beni nel periodo cosiddetto sospetto, tra la data di cessazione dei pagamenti e il giudizio che apre una procedura concorsuale. Da questo ne consegue che il patrimonio fiduciario è aperto solo alle pretese dei creditori della fiducia stessa. In caso di insufficienza della massa fiduciaria, però, questi creditori possono agire in rivalsa ai danni del patrimonio del costituente.

Quest'ultimi possono rafforzare la segregazione prevedendo<sup>22</sup> che il passivo fiduciario sia limitato al solo patrimonio della fiducie oppure disponendo che tutto o parte del passivo sia a carico del fiduciario ma, in entrambi i casi, ciò deve essere accettato. Se però è vero che, come è ovvio, i debiti derivanti dalla gestione del patrimonio fiduciario graveranno sulla gestione stessa, ai sensi dell'articolo 2025, comma 1, secondo il quale "il patrimonio fiduciario non può essere aggredito se non dai titolari di crediti nati dalla conservazione o dalla gestione del patrimonio stesso<sup>23</sup>", stando alla lettera del *Code Civil* non appare però possibile ammettere che posizioni debitorie siano oggetto di conferimento in quanto tali nel patrimonio fiduciario, anche se tale interpretazione rischia di restringere ulteriormente l'ambito applicativo dell'istituto. Il modello introdotto nel 2007 era molto limitante, quasi rendeva inoperativa la fiducie, privandola di ogni possibile impiego ulteriore rispetto quelli afferenti l'ambito fiscale. Era stata confinata alle operazioni tra persone morali, impedendo ogni possibile ricorso all'istituto da parte delle persone fisiche; inoltre il limite temporale e la facoltà di revoca concessa al costituente la rendevano poco idonea a perseguire scopi rilevanti e duraturi.

Con *la loi de modernisation de l'économie* del 2008, si estese la possibilità di ricorrere alla fiducie anche alle persone fisiche, consentendo anche agli avvocati di divenire fiduciari. Successivamente, nel 2009, un altro intervento legislativo ha chiarito la causa della fiducie, stabilendo espressamente che la fiducie può fungere da *sûrete* o come mezzo di gestione, ma mai come atti di liberalità. Così facendo la proprietà di un bene o di un diritto può, in virtù di un contratto di fiducie, essere ceduta a titolo di garanzia di un'obbligazione e, laddove il costituente-debitore si rendesse inadempiente, il fiduciario-creditore acquisirebbe la disponibilità del bene o del diritto ceduto in garanzia. L'interesse per un'analisi approfondita di questo istituto è motivato dal fatto che, con l'introduzione di uno schema giuridico proprio dei sistemi di common law, la Francia si è trovata a dover scegliere fra il mantenimento del principio di unità patrimoniale ed il suo rifiuto.

---

22 L'art. 2025, comma 2 e 3, code civil fa salva una diversa disposizione contrattuale; v. testualmente. «*En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire. Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée*».

23 «*Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine*».

I riferimenti a ciò sono riportati solo nelle disposizioni contabili, dove si fa riferimento ad un «*patrimoine d'affectation*» e laddove si legge, in materia di proprietà: «*en raison du transfert de la propriété juridique tel qu'organisé par la loi, les actifs et passifs faisant l'objet du contrat de fiducie sont transférés du patrimoine du constituant dans la fiducie, qui constitue un patrimoine d'affectation séparé du patrimoine propre du fiduciaire, au sein duquel ils feront l'objet d'une comptabilité autonome*<sup>24</sup>». Questo cosiddetto *patrimoine d'affectation*, è distinto dal patrimonio generale del fiduciario e da altri patrimoni fiduciari: ciò risulta dalla previsione per cui i beni oggetto della *fiducie* possono essere aggrediti dai soli creditori il cui credito nasce dalla conservazione o dalla gestione del patrimonio stesso. Ricordiamo infatti che, salvo quei creditori del costituente titolari di un diritto di sequela legato ad una garanzia pubblicata anteriormente al contratto di *fiducie* e fuori dei casi di frode ai diritti dei creditori del costituente, il patrimonio fiduciario non può essere aggredito da altri creditori non legati alla gestione e conservazione del patrimonio. In caso d'insufficienza del patrimonio fiduciario, i creditori potranno aggredire liberamente il patrimonio del *constituant*, salvo patto contrario con cui si ponga una parte o tutto il passivo a carico del fiduciario.

Si può anche prevedere con una clausola che il contratto di *fiducie* limiti la responsabilità per il passivo fiduciario al solo patrimonio fiduciario, ma per l'opponibilità ai terzi creditori sarà necessaria la loro espressa accettazione.

L'introduzione della *fiducie* ha portato un vasto smottamento nella visione classica dei principi di diritto civile. In merito alla cosiddetta proprietà fiduciaria ed al suo rapporto con quella ordinaria, vi è stato chi sottolinea come nella prima manchi le *droit de jouir et disposer* proprio della proprietà "ordinaria"; inoltre i poteri del fiduciario sono delimitati per contratto o per legge. Il fiduciario ha, quindi, una proprietà a prerogative variabili e temporanea<sup>25</sup>.

---

24 «*In ragione del trasferimento della proprietà giuridica normato dalla legge, gli attivi e le passività facenti oggetto del contratto di fiducie sono trasferiti dal patrimonio del costituente, che crea il patrimonio separato, da quello proprio a quello del fiduciario, in seno al quale costituiscono oggetto di una contabilità autonoma*». V. art. 12 della legge n. 2007-211 e il regolamento CRC (Comitato di regolamentazione contabile) n. 2008-01 del 3 aprile 2008 relativo al trattamento contabile delle operazioni di *fiducie*.

25 La proprietà fiduciaria non è perpetua (al pari di quella ordinaria) e non solo per l'espresso divieto legislativo (v. art. 2018 *code civil*, nota n. 23) ma anche per la natura stessa di una missione od operazione fiduciaria. Nella *fiducie gestion*, essa dura il tempo della gestione; nella *fiducie-sûreté*, essa dura sino allo spirare del termine per l'adempimento, anche se il debitore non adempie; il creditore, in questo caso, non si limita a conservare la proprietà fiduciaria del bene ma ne acquisisce quella ordinaria che si sostituisce alla prima. V. artt. 2372-3 e 2488-3 *code civil*, nota n. 60.

L'unico connotato che la lega alla proprietà ex articolo 544 del Codice Civile<sup>26</sup> è l'esclusività: nella *fiducie-gestion*, nessuno salvo il fiduciario può gestire il bene che è sottratto all'azione del costituente o del beneficiario, così come nella *fiducie-sûreté*, nessuno salvo il fiduciario può valersi sul bene dato in garanzia. Se, dunque, è uno solo il carattere che accomuna la proprietà fiduciaria a quella ordinaria, si giustifica la prudenza del legislatore che non ha voluto definire la *fiducie* come un contratto traslativo della proprietà ed ha preferito parlare di trasferimento di beni, diritti e garanzie visto che si tratta di un contratto di garanzia o di servizi piuttosto che di scambio di beni. Tanto è vero che da parte di una dottrina si è cercato di introdurre l'intelligente distinzione fra “*propriété juridique*” del fiduciario e di “*propriété économique*” del beneficiario<sup>27</sup>, riportando in auge il concetto di proprietà simultanee abbandonato con il passaggio dall'*Ancien Régime* al Codice *Napoléon*. Proprio partendo dalle stesse motivazioni, ma arrivando alla tesi opposta, altra parte della dottrina sostiene che quella fiduciaria è una proprietà finalizzata, senza necessariamente arrivare a parlare di affectation. Il legislatore, infatti, non sembra aver voluto conferire diritti reali al beneficiario che trae vantaggio dalla presenza di un patrimonio separato, anche per evitare il ritorno delle proprietà simultanee<sup>28</sup>.

La lettera dell'art. 2011 del *Code Civil* lascia intendere che il contratto di *fiducie* francese produca un effetto traslativo immediato dei beni oggetto dello stesso a favore del fiduciario, inoltre la stessa norma, nel prevedere il trasferimento di beni o diritti futuri, contempla l'unica eccezione all'immediatezza dell'effetto traslativo. Le citate previsioni normative contrastano con la concezione tradizionale, unitaria ed esclusiva, della proprietà e del patrimonio ed introducono un nuovo titolo di trasferimento della proprietà. Si tratta probabilmente di una proprietà sui generis, le cui caratteristiche sono parzialmente assimilabili a quelle di un diritto reale minore (limitazione dei poteri, limite temporale, obblighi di restituzione e di rendiconto).

Come detto, in prima battuta la *fiducie* era stata limitata alle sole persone morali soggette all'imposta sulle società, il che limitava particolarmente il suo impiego. Quando si estese il campo di applicazione anche alle persone fisiche, con la *loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008* fu offerto agli imprenditori individuali un nuovo

---

26 «*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*».

27 V. L. KACZMAREK, *Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération*, in *Recueil Dalloz*, 2009, 1845.

28 V. D. PAPPADÀ, *L'emulazione del trust in Francia*, in *Comparazione e Diritto Civile*, p. 11.

metodo per proteggere il loro patrimonio. Lo stesso governo presentò questa operazione giuridica come una delle sue risposte al problema del patrimonio d'*affectation* dell'*entrepreneur individuel*. Se infatti si fa mente locale al duttile schema della fiduciarità, si può ben pensare ad un contratto stipulato fra l'imprenditore e il suo fiduciario in cui formano oggetto del patrimonio fiduciario taluni beni privati che il primo vuole salvaguardare, il tutto indicando come beneficiario un prossimo congiunto o, molto più probabilmente, se stesso.

Da questa separazione patrimoniale si ottiene che sui diritti oggetto della fiduciarità il diritto dei creditori del costituente è ristretto alle tre condizioni viste precedentemente. Solamente i creditori che vantano un credito nato per le ragioni della gestione del patrimonio fiduciario possono legittimamente aggredire questi beni, ma, se l'imprenditore ha studiato le sue mosse, avrà avuto cura di individuare beni che non producono passivo. Si tratta, come si può osservare facilmente, di uno strumento di protezione relativamente buono, il quale però rivela il suo limite quando l'art 2025 del Codice Civile, al comma 2, stabilisce che in caso di insufficienza del patrimonio separato con la fiduciarità, i creditori fiduciari possono far valere i loro diritti di credito sui beni del patrimonio del costituente. Ultimo argomento contrario alla diffusione del trust alla francese è dato dal costo non contenuto di tutta la procedura. Per questo motivo l'istituto ha sollevato poco entusiasmo e si è evoluto più nella direzione della *fiducie-sûreté* che in quello della *fiducie-gestion*. Al di là delle considerazioni di ordine pratico che hanno sviato l'attenzione degli imprenditori individuali da questo modello di salvaguardia dei propri beni personali, va constatato che con la fiduciarità si è potuto assistere ad un'accelerazione del legislatore verso la soluzione implicante la fine del dogma dell'unicità del patrimonio. Muovendosi lungo questa strada la Francia, infatti, ha dato prova di voler evolvere in direzione opposta a quel principio sancito agli articoli 2284 e 2285 del Codice Civile. Magari dettata dalle ragioni di cui si era fatto portavoce il senatore Marini, la soluzione adottata ha avuto ricadute teoriche di gran rilievo.

#### E) *Il percorso storico della nozione di patrimonio separato*

Dopo aver visto quello che era il ginepraio in cui erano costretti a districarsi gli

imprenditori individuali, nel tentativo di limitare al massimo le probabilità di perdita, ed aver meglio compreso quali siano le aspirazioni di questi in materia di protezione del patrimonio, possiamo proseguire trattando gli avvenimenti che hanno segnato la gestazione della legge del 15 juin 2010. L'analisi dei rapporti di studio che hanno riferito all'Assemblea Nazionale ed al Senato in materia di EIRL, le discussioni parlamentari e gli interventi del governo, infatti, permettono di capire come si è evoluto, nella mente del Legislatore, questo statuto, quali sono stati i punti di compromesso fra concezioni differenti della materia e, soprattutto, forniranno supporto all'attività dell'interprete che si è dovuto confrontare con un testo ritenuto, da molti, come nato incompleto.

Durante i *débats parlementaires* che hanno accompagnato l'iter legislativo dello statuto, è stato più volte sottolineato come l'idea di creare una separazione di patrimoni per tutelare gli imprenditori non fosse peregrina, bensì vantasse origini storiche antecedenti la Rivoluzione nell'articolo II del titolo VIII, libro II, dell'*ordonnance de la marine du 1681*<sup>29</sup>. Dopo quasi tre secoli da quello che è stato indicato come il primo esempio di separazione del patrimonio, la riflessione giuridica in materia si è riaccesa a seguito del lavoro di un'equipe di giuristi guidati dal prof. Claude Champaud; scopo del gruppo di lavoro interministeriale, che pubblicò i risultati degli studi nel 1978, era valutare la realizzabilità di una "*entreprise personnelle à responsabilité limitée*". Questo strumento giuridico realizzava una tripartizione nel patrimonio del soggetto, portando alla formazione di un patrimonio separato per l'impresa, destinato a soddisfare le pretese dei creditori professionali, un patrimonio personale, destinato ai bisogni della famiglia, che così era posta al riparo dai rivolgimenti di fortuna dell'attività imprenditoriale, ed un patrimonio intermedio, disponibile per le esigenze dell'EPRL.

I frutti di questo rapporto non vennero raccolti dal legislatore; il governo, infatti, incaricò Jean-Denis Bredin nel 1984 di valutare la possibilità di introdurre la nozione della separazione di patrimoni nell'ordinamento francese e di riferirne i risultati al *Ministre du Commerce, de l'Artisanat et du Tourisme*, ma l'anno successivo prevalse la soluzione dell'EURL. Al rapporto Champaud e al rapporto Bredin fecero seguito altri lavori di ricognizione, provenienti da più fonti qualificate. Le esperienze più recenti sono state quelle del senatore Philippe Marini, che ha presentato su richiesta del Primo Ministro

---

29 «*Les Propriétaires de Navires seront responsables des faits du Maître : mais ils en demeureront déchargés, en abandonnant leur Bâtiment & le Fret*», dove per maître si deve intendere il capitano della nave.

dell'epoca un “*Rapport sur la modernisation du droit des sociétés*” incentrato sui rischi del *patrimoine d'affectation*, e la proposta di legge depositata nel 1999 da Jean-Pierre Raffarin, che consentiva ad una persona fisica di dividere il proprio patrimonio per destinarne una parte alla propria attività economica. Nel luglio del 2002 il delegato generale dell'*Agence pour la création d'entreprises* Françoise Hurel, dietro richiesta del Primo Ministro, realizzò un rapporto in cui raccomandava la creazione del *patrimoine d'affectation*. Sempre sull'onda di questi studi susseguitisi nel corso degli anni, il senato, esaminando il progetto di legge per l'iniziativa economica del 2003, ha riproposto la questione, interrogandosi, in particolare, sul rapporto fra la *declaration d'isaisissabilité* e la separazione dei patrimoni. La scelta, come abbiamo potuto vedere, finì per essere orientata a favore della dichiarazione, reputata uno strumento meno ambizioso ma più realista.

Il fallimento dello strumento da ultimo scelto dal legislatore, ha portato ad ulteriori riflessioni e nel gennaio del 2008, attraverso un ulteriore rapporto dell'Hurel, divenuto nel frattempo *Délégué général de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes*, si suggerì al Segretario di Stato per l'impresa e il commercio Hervé Novelli di avviare l'iter parlamentare per la creazione di un patrimonio destinato all'impresa individuale. Attratto dagli sviluppi di questo istituto e dal consenso bipartisan che raccoglieva fra le forze politiche, il Segretario di Stato diede il via agli studi di fattibilità, incaricando l'avvocato e deputato Xavier de Roux di valutare le conseguenze d'un *patrimoine d'affectation* all'interno dell'ordinamento francese. Il de Roux, dopo aver sottolineato come le *Chambres de Métiers* avessero insistito affinché la separazione patrimoniale non fosse realizzata unicamente attraverso la creazione di una persona morale e sostenendo, inoltre, che il ricorso all'impresa individuale era il modo di accesso all'imprenditoria più facile, proseguì il suo rapporto e arrivò alla conclusione che nessuna legge di rango superiore alla legge impediva la creazione dell'istituto e perciò valutò come giuridicamente fattibile il ricorso alla separazione patrimoniale.

Da queste basi si diede il via al lavoro di una commissione interministeriale per la materia e così, il 3 dicembre del 2009, il Primo Ministro arrivò ad annunciare la creazione di uno statuto per l'*entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, durante un discorso a Schillingheim davanti la *Chambre de Métiers d'Alsace*. Le ragioni di questo atto furono spiegate con considerazioni sul fatto che, con l'estensione del campo di applicazione

della dichiarazione di inapprensibilità a tutto il patrimonio immobiliare non professionale dell'imprenditore, era divenuto ormai artificiale distinguere i beni immobili dagli altri beni. Si trattava di realizzare la scelta del patrimonio separato, al fine di permettere di limitare il rischio gravante sul patrimonio personale e familiare di colui che esercita un'attività imprenditoriale, senza imporgli la creazione di una società, forsanche unipersonale. Riassumendo, si voleva avere l'effetto protettivo della società senza la creazione di una società, da qui il commento fatto da taluni giuristi, secondo cui si è tentato di avere «il burro ed il prezzo del burro<sup>30</sup>».

Il progetto di legge fu presentato in Consiglio dei Ministri il 27 gennaio del 2010. Si trattava di un meccanismo di limitazione della responsabilità patrimoniale attraverso una dichiarazione di separazione di beni, diritti e garanzie dal patrimonio personale del soggetto perché legati all'attività professionale da questi esercitata. Poiché si realizzava così l'effetto opposto della dichiarazione d'*insaisissibilité* e poiché quest'ultima aveva sollevato una gran confusione in materia di procedure collettive, l'articolo 6 del *projet de loi* prevedeva la sua sostituzione e contestuale espunzione dall'ordinamento per opera dell'ingresso dello statuto dell'EIRL.

Dopo la presentazione del progetto, si avviò il procedimento legislativo nel quadro di una procedura d'urgenza richiesta dal governo. La prima camera ad analizzarne il testo fu l'Assemblea Nazionale che, dopo aver apportato talune modifiche, licenziò in prima lettura il disegno. Fra le più importanti modifiche c'era un emendamento che esplicitamente precisava che l'imprenditore poteva decidere dei guadagni da far rientrare nel proprio patrimonio personale, senza però ostacolare le sanzioni derivanti dai casi di gestione malevola o di frode.

Per stabilire il costo della dichiarazione si dispose che, attraverso un decreto, si sarebbero fissate delle tariffe per le formalità previste all'atto del deposito della dichiarazione di separazione e per le formalità del deposito dei rendiconti annuali presso il *Registre des Comptes Annuels*; peraltro i deputati avevano indicato come interlocutori professionali in materia di contabilità i *Commissaires aux Comptes* o gli *experts-comptables* al posto dei *Commissaires aux Apports*, reputati più onerosi rispetto ai primi. L'Assemblea Nazionale tenne a precisare che la responsabilità dell'imprenditore per i fatti legati alla

---

30 F. VAUVILLE, *Commentaire de la loi du 15 Juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Répertoire du notariat Defrénois, 15 September 2010, n. 15, p. 1650.

stima del valore dei beni separati si limitava al caso di sovrastima, purché, come per il diritto delle società, fosse avvenuta nell'arco di cinque anni precedenti la sua scoperta. Avendo riguardo al rapporto fra creditori e imprenditore, contrariamente a quanto previsto dal progetto e da quanto deducibile dall'interpretazione sistematica *de iure condito*, si approvò un emendamento che permetteva di opporre la dichiarazione a tutti i creditori, compresi quelli il cui diritto era sorto anteriormente rispetto alla registrazione dell'atto di separazione dei patrimoni. Su questo punto, molto dibattuto, il deputato François Brottes annunciò che il suo partito d'opposizione (i socialisti del PS) avrebbe sollevato la questione di legittimità costituzionale, adendo il *Conseil Constitutionnel* nel caso in cui l'emendamento fosse adottato dal Senato.

Altro punto di scontro all'interno della Camera fu quello relativo al mantenimento della potestà di optare per l'imposta sulle società, così come previsto dal progetto di legge. Inoltre, il progetto non prevedeva la responsabilità dell'imprenditore sulla totalità del patrimonio che in caso di frode; con un emendamento a questo caso fu aggiunto quello dell'inosservanza grave delle regole sulla composizione del patrimonio separato o della gestione contabile. In materia di continuità dell'impresa, si preferì che il decesso del dichiarante portasse alla liquidazione del patrimonio separato salvo il caso in cui un successore o un avente diritto del *de cuius*, nel rispetto delle disposizioni testamentarie, ripetesse la dichiarazione d'affectation entro un termine di sei mesi dalla data della morte. Così come già previsto dal governo, si abilitò quest'ultimo a disporre nel dettaglio con decreto, da adottare entro nove mesi dalla pubblicazione della legge, le norme d'adattamento all'EIRL; tale facoltà fu estesa anche all'allineamento del diritto delle procedure civili di esecuzione e delle regole per il sovraindebitamento.

Da ultimo si stabilì che fosse possibile procedere alla cessione a titolo oneroso del patrimonio professionale o apportarlo totalmente in società senza procedere alla sua liquidazione. Ricevuto il testo licenziato dall'Assemblea Nazionale, il Senato, seguendo le modifiche discusse dalla sua commissione per le leggi, adottò il progetto di legge l'8 aprile del 2010, apportando alcune modifiche degne di nota alla versione trasmessa dall'altra camera. Fra questi cambiamenti, c'era il riconoscimento della possibilità in capo a un solo soggetto di creare una pluralità di EIRL, venendo incontro a coloro i quali esercitassero pluriattività imprenditoriali.

Per l'opponibilità della *déclaration* d'affectation, contrariamente a quanto previsto precedentemente dalla camera dei deputati, i senatori ritornarono nel solco tracciato dal governo, prevedendo che la dichiarazione avrebbe dispiegato i propri effetti solamente nei confronti dei creditori posteriori all'atto. In contrapposizione a quanto pensato dal governo, il Senato preferì seguire la linea della propria commissione per le leggi e non approvò il punto in cui, con l'entrata in vigore della legge, si sarebbe rimpiazzato il sistema della *déclaration d'insaisissabilité*. La motivazione addotta fu che quest'ultimo meccanismo fosse semplice e sufficiente per la protezione del patrimonio di numerosi imprenditori che non avrebbero desiderato passare all'EIRL. Oltre al voto sul mantenimento dell'insaisissabilité si votò anche un emendamento, presentato dal senatore Dominati, che avrebbe permesso agli imprenditori già coperti dalla dichiarazione di poter cumulare gli effetti della prima con quelli dell'*affectation*, anche avendo riguardo alla stessa attività professionale. Dalle divergenze fra i due testi comportò l'intervento di una commissione mista paritaria che stabilì un testo concordato; successivamente il testo fu adottato dal Senato il 5 maggio e dall'Assemblea Nazionale il 12. Dopo queste navette, il testo passò nelle mani del Consiglio Costituzionale che, con un decisione del 10 giugno, censurò alcune disposizioni che esulavano dallo statuto valutando invece come conforme al dettato costituzionale quelle relative all'EIRL. Così facendo il testo è divenuto legge il 15 giugno, pubblicata nel *Journal Officiel* il giorno dopo.

## CAPITOLO I

### LO STATUTO DELL'IMPRENDITORE A RESPONSABILITÀ LIMITATA ASPETTI DELLA CREAZIONE DI UN PATRIMONIO SEPARATO

Come si è avuto modo di vedere nella breve introduzione a questo elaborato, gli strumenti giuridici volti alla tutela del patrimonio dell'imprenditore individuale non sono di certo pochi, ma si sono rivelati, a un'attenta analisi, fallaci e non sono riusciti ad assicurare una protezione globale all'imprenditore. In ragione di questi fallimenti, il legislatore ha deciso di creare un nuovo strumento, l'EIRL, che ha due obiettivi. Da una parte, esso vuole conservare lo scopo che gli è stato affidato, ossia di proteggere il patrimonio personale del soggetto escludendolo dalle azioni legali dei creditori professionali. Dall'altra parte, vuole evitare il ricorso alle tecniche societarie, preferendo privilegiare l'impiego di una tecnica di separazione patrimoniale. Secondo i più, questa tecnica si rivela derogatoria alle concezioni soggettivistiche del patrimonio, sulla scia delle radicali trasformazioni operate nell'ordinamento francese dall'ingresso della normativa sulla fiducia. Tale disciplina, infatti, non aveva trovato realmente sponda nel diritto delle imprese, che era rimasto sordo alle novità introdotte.

L'articolo 1 della legge n° 2010-658 du 15 juin 2010 relativa a *l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* ha apportato una modifica al VI capitolo del II titolo del V libro del Code de Commerce, aggiungendo alla prima sezione, intitolata "riguardo alla dichiarazione d'insaisissabilité" (comprendente gli articoli da L. 526-1 a L. 526-5), una seconda sezione, con titolo: "riguardo all'imprenditore individuale a responsabilità limitata" (comprendente, invece gli articoli da L. 526-6 a L. 526-17).

Il ricorso allo strumento dell'EIRL, che va sottolineato non è una struttura d'impresa bensì una denominazione, è ammesso solamente se sono rispettate, al momento della creazione, determinate condizioni. Queste possono essere di due tipi, soggettive e oggettive. Sono soggettive quelle che comportano restrizioni per la pluralità dei soggetti che possono dividere il proprio patrimonio destinandone una parte alla propria attività professionale; sono oggettive quelle che incidono sul genere di attività che è possibile esercitare sotto la protezione dello statuto.

## 1.1 Profili soggettivi: chi può effettuare la separazione patrimoniale

In forza della previsione dell'articolo L. 526-6 del Code de Commerce<sup>31</sup>, il cui alinea comincia con “tutti gli imprenditori individuali”, la creazione di un EIRL è riservata alle persone fisiche. Lo scopo infatti della legge 658 del 2010 è espressamente quello di garantire una protezione complementare a quei soggetti che esercitano un'attività professionale a nome proprio, di conseguenza è logico che i soli a poter beneficiare delle previsioni di questo statuto possano essere esclusivamente le persone fisiche. Ora, va osservato come la scelta di porre un vincolo soggettivo che esclude le persone morali, è una scelta fatta dal legislatore non su ragioni di ordine concettuale o tecnico, bensì di natura politica<sup>32</sup>. Niente si oppone alla separazione del patrimonio di una società, semplicemente si è reputato sufficiente il sistema già predisposto nell'ordinamento francese, che assicura all'imprenditore che faccia ricorso alle forme societarie la possibilità di dar vita ad una persona morale che ben può costituire un EURL o una SASU. Esistono, come detto, delle particolari condizioni oggettive riguardanti il genere di attività imprenditoriale. Innanzitutto, si applicheranno all'EIRL quelle condizioni specifiche previste in materia d'accesso alla qualifica di *commerçant*; per questa ragione il ricorso allo statuto supporrà il rispetto delle regole sull'incompatibilità e sull'interdizione dall'esercizio del commercio. Assecondate queste condizioni, è richiesto poi il rispetto di requisiti legati al tipo di attività da intraprendere. L'attività artigianale è stata ricompresa nell'ombrello protettivo dell'EIRL, così come l'attività dei liberi professionisti. Quest'ultimi sono persone fisiche che esercitano una professione liberale a titolo personale, professione che può avere uno statuto dell'ordine di questi professionisti o meno.

---

31 «*Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale. Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté. Par dérogation à l'alinéa précédent, l'entrepreneur individuel exerçant une activité agricole au sens de l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime peut ne pas affecter les terres utilisées pour l'exercice de son exploitation à son activité professionnelle. Cette faculté s'applique à la totalité des terres dont l'exploitant est propriétaire. Pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, l'entrepreneur individuel utilise une dénomination incorporant son nom, précédé ou suivi immédiatement des mots : “Entrepreneur individuel à responsabilité limitée” ou des initiales: “EIRL”*».

32 V. B. SAINTOURENS, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, in *Revue des Sociétés*, settembre 2010, p. 351 e ss.

Nel secondo caso, le uniche condizioni da rispettare saranno quelle d'ordine generale, nel primo, invece, si dovranno coniugare le condizioni generali alle previsioni dei singoli *Règlement Intérieur*. Caso emblematico è quello della professione di *avocat*; ad esempio il Consiglio dell'Ordine di Parigi, nell'aprile del 2011, ha dovuto modificare il proprio *Règlement intérieur du Barreau de Paris* (RIBP) per autorizzare i professionisti iscritti all'albo ad esercitare l'attività sotto il regime dell'EIRL, prevedendo tutta una serie di formalità da rispettare per comunicare all'*Ordre* la *déclaration d'affectation*<sup>33</sup>. In materia di attività agricole va poi segnalato che, attraverso la legge n° 2010-874 del 27 luglio 2010 *de modernisation de l'agriculture et de la pêche*, sono state previste delle leggere deroghe al regime dell'imprenditore individuale a responsabilità limitata. La peculiarità di questo genere di professione ha infatti richiesto dei rimaneggiamenti rispetto alle previsioni del *Code de Commerce* che si applicano all'EIRL commerciante.

#### 1.1.1 *Il minore imprenditore*

Prima di proseguire con la trattazione delle modalità per dare vita all'EIRL, è necessario soffermare l'analisi sul caso particolare in cui l'imprenditore individuale sia un minore. Ora, la situazione da esaminare è frutto di una modifica dell'articolo 389-8 del Codice Civile<sup>34</sup>, operata dalla legge n. 658 del 2010. Partendo dal fatto che lo statuto assicurasse una consistente limitazione di responsabilità per l'imprenditore, gli autori della legge, precisamente, hanno reputato immotivata l'esclusione dell'infradiciottenne.

Con questo pensiero, si è così permesso a questi d'essere autorizzato dai due genitori o dal tutore che ha ricevuto il nulla osta dal giudice tutelare. L'autorizzazione deve essere redatta nella forma della scrittura privata o atto notarile e deve comprendere un elenco di atti d'amministrazione che il minore potrà compiere nella gestione del patrimonio. Rimangono però interdetti gli atti dispositivi del patrimonio, che devono essere adottati

---

33 V. Bull. barreau de Paris n. 12, 5 aprile 2011, *Avocat, exercice de la profession an EIRL*, in Recueil Dalloz, n. 16, p. 1090.

34 «Un mineur âgé de seize ans révolus peut être autorisé, par ses deux parents qui exercent en commun l'autorité parentale ou par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l'autorisation du juge des tutelles, à accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle.

*Les actes de disposition ne peuvent être effectués que par ses deux parents ou, à défaut, par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l'autorisation du juge des tutelles. L'autorisation visée au premier alinéa revêt la forme d'un acte sous seing privé ou d'un acte notarié et comporte la liste des actes d'administration pouvant être accomplis par le mineur».*

da chi ha la potestà; la distinzione fra atti autorizzabili o meno è adattata, in particolare, nel caso in cui il minore sia in regime di tutela: il permesso all'esercizio di un'attività sarà rilasciato dal *Conseil de Famille* mentre gli atti di disposizione sono effettuati dal tutore.

Intraprendendo questa strada, si è scelto di rinnovare una tradizione secolare abbandonata dal legislatore nel 1974 che aveva deciso di abbassare l'età della maggiore età e quella dell'emancipazione giudiziaria, negando però al minore, anche se emancipato, di poter intraprendere attività commerciali. Questa scelta fu allora motivata con il vantaggio conferito ai soggetti aventi più di diciotto anni, questi, infatti, rispetto alle previsioni del 1964, potevano compiere qualsiasi atto senza alcuna forma di autorizzazione genitoriale o tutelare. Anche a seguito di alcune osservazioni sollevate dalla dottrina, nel 2010 si è rimesso mano all'intero sistema dell'emancipazione: all'inizio, il progetto di legge passato al vaglio dell'Assemblea Nazionale non aveva nessun riferimento alla capacità commerciale del minore, solo a seguito delle modifiche operate dal Senato si è presentata la possibilità di conferirla al minore emancipato. Questa linea d'azione non è stata delle più coraggiose, anzi, si sono sollevate critiche alla decisione di regolare solo alcuni aspetti, lasciando nel grigio del silenzio gli altri ugualmente importanti<sup>35</sup>.

Per avere una panoramica di questo problema, bisogna avere a mente che gli articoli 121-2 del Code du Commerce e 413-8 del Codice Civile<sup>36</sup> stabiliscono le condizioni perché un minore possa beneficiare della capacità commerciale. In particolare, sussistenti le condizioni per l'emancipazione, il minore può essere autorizzato per opera del giudice tutelare all'atto dell'emancipazione o a seguito dal presidente del *tribunal de grande instance*. Le difficoltà nascono dal fatto che, ottenuta l'emancipazione per la contrazione di matrimonio o per un atto del giudice, dal 1807 al 1974 per conferire la capacità commerciale è stato richiesto che il minore avesse anche compiuto i diciotto anni. In materia il legislatore non ha regolato questa discrasia e ad oggi sussistono solo limiti d'età per l'emancipazione. Laddove questa sia conseguenza di un atto del giudice, va detto che l'emancipazione, stante la novella del 1974, può intervenire esclusivamente se il minore ha compiuto sedici anni; appurato questo, ci si ritrova nello strano caso in cui, non avendo lo

---

35 V. B. SAINTOURENS, *Mineur et activité commerciale: la réforme 2010*, in *Revue des Sociétés*, settembre 2010, p. 687.

36 Le disposizioni dei due articoli sono identiche: «*Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé.*».

statuto dell'EIRL previsto niente in materia di limiti d'età per poter ottenere la capacità commerciale, si dovrebbe guardare alla legge del 14 dicembre 1964, per la quale esclusivamente i diciottenni emancipati possono ottenere un'autorizzazione. Ora, solo attraverso delle interpretazioni teleologiche abbastanza complesse è fattibile che si arrivi a dedurre la possibilità per il minore di età compresa fra i sedici e i diciotto anni di ottenere la capacità commerciale a seguito dell'emancipazione. Caso parzialmente diverso è quando questa deriva dal matrimonio, ci si interroga allora se automaticamente il minore possa esercitare attività commerciali: si può ben affermare che il minore è emancipato e gode pienamente dei suoi diritti, fra cui l'esercizio della libertà economica, così come è possibile affermare che l'automatica estensione non sarebbe in linea con lo spirito della legge del 15 giugno del 2010, la quale prevede un'autorizzazione.

Come si è già avuto modo di vedere, la riforma del 2010 ha previsto che il minore possa ottenere un'autorizzazione di natura giudiziaria, conferita dal giudice tutelare o dal presidente del *Tribunal de grande instance* a seconda che sia richiesta contestualmente alla decisione sull'emancipazione o meno. Questa soluzione rompe con la tradizione perché il legislatore decide di affidare esclusivamente al giudice civile quei poteri che in passato erano riservati ai genitori del minore emancipato. Dalla codificazione napoleonica alla legge del 4 dicembre 1964, l'emancipazione e l'autorizzazione al commercio erano espressione della sola competenza familiare, l'intervento dell'autorità giudiziaria era previsto esclusivamente in caso di decesso del padre e della madre del minore. La scelta del legislatore è sicuramente mossa dalla volontà di sottolineare l'importanza e la portata di questo atto, deducibile infatti da una maggiore ponderatezza della decisione dato che sarà il giudice, e non i familiari, a valutare l'opportunità di abilitare il richiedente.

Il giudice tutelare che, contestualmente alla richiesta di emancipazione, riceve la domanda del minore che vuole esercitare attività commerciali deve esercitare un controllo su entrambe le richieste.

Ora, essendovi contestualità fra le due richieste ed essendo previsto che l'ottenimento dell'emancipazione richieda la sussistenza di "giusti motivi", l'interpretazione più apprezzabile è quella che impone al giudice questo medesimo controllo per l'esercizio dell'attività commerciale. Stessa conclusione si impone in caso di richiesta successiva all'emancipazione.

La formula dei “giusti motivi” però, pur essendo ricorrente nel diritto francese, non trova definizione per mezzo della legge. Così facendo si riconosce un ampio potere discrezionale al giudice, discrezionalità che deve essere orientata al fine di approvare l’effettiva maturità del minore e la contestuale sussistenza dell’interesse del ragazzo o della famiglia all’attività commerciale.

Va riconosciuto al legislatore il merito di aver risolto una disputa dottrinale che da tempo animava gli studiosi in materia di condizioni di capacità commerciale del minore emancipato a seguito di matrimonio<sup>37</sup>. A seguito della legge del 14 dicembre 1964, in particolare, era sorta spontanea la domanda se il minore sposato dovesse ottenere un’autorizzazione specifica. Questo perché si sosteneva che, siccome l’art 2 Code de Commerce esigevo che l’autorizzazione dovesse avere le stesse forme dell’atto di emancipazione, per il minore sposato, che era emancipato per il solo fatto di aver contratto matrimonio e per questo non era prevista la stesura di alcun’atto, non ci fosse spazio per una specifica autorizzazione. A tale teoria si contrapponeva chi sosteneva che le disposizioni dell’art. 2 andassero a coprire anche il caso del minore sposato poiché l’atto matrimoniale andava assimilato all’atto d’emancipazione, di conseguenza doveva esserci un’autorizzazione specifica contenuta nell’autorizzazione a contrarre matrimonio o in un atto posteriore avente le stesse forme.

È quest’ultima tesi quella consolidatasi con la novella del 2010, che implicitamente impone che sia il presidente del *Tribunal de grande instance* ad accordare l’abilitazione esprimendosi a seguito di richiesta del minore sposato. La conclusione a cui si è appena giunti fa comprendere perché si dice che uno dei connotati di questa autorizzazione sia la preliminarità; prima che essa intervenga, il minore non può compiere atti di commercio, qualora li compisse verrebbe ad assumere la qualità di commerciante non autorizzato e gli atti posti in essere sarebbero viziati. Continuando il ragionamento sui connotati dell’autorizzazione, è possibile osservare come non sia possibile definirla speciale. Speciale significa che vengono posti dei limiti alla capacità commerciale del soggetto interessato, consentendoli di compiere esclusivamente gli atti indicati dall’autorizzazione. Non è possibile predicare tale attributo poiché la novella del 1964 ha modificato le disposizioni dell’art. 3 del Code de Commerce, cambiandone la parte in cui si

---

<sup>37</sup> V. J-F. ESCHYLLE, *La capacité commerciale du mineur émancipé*, in RTD Commercial, avril-juin 2013, p. 203.

prevedeva che il minore non emancipato potesse essere autorizzato al compimento di singoli atti di commercio isolati. Veniva così ad esistere un sistema in cui l'autorizzazione era di carattere generale, non potendo essere che il minore non emancipato avesse la capacità di compiere atti puntuali laddove l'emancipato fosse privo di tale capacità. Inoltre, risultava privo di senso imporre a questi di domandare un'autorizzazione speciale, non per essere commercianti ma per porre in essere atti specifici. D'altronde l'articolo 121-1 del Code de Commerce<sup>38</sup> prevede che sia commerciante chi compie abitualmente atti di commercio, non chi esercita attività sporadiche. Non deve confondere la legge del 14 dicembre 1964, la quale prevedeva che il minore fosse "autorizzato specialmente" dal padre: specialmente non era indicativo di autorizzazione speciale ma serviva a sottolineare come fossero previste delle formalità speciali perché il minore potesse essere commerciante. L'autorizzazione, così pensata, non può che vertere sull'esercizio di attività commerciali determinate o sull'esercizio del commercio in generale. Avendo affermato questo, si può dedurre che la legge del 15 giugno 2010 non abbia apportato restrizioni alla capacità commerciale del minore emancipato, che viene così ad essere equiparato al maggiorenne. Tra l'altro, osservate le formalità richieste, è la stessa legge a dire che "il minore... può essere commerciante..." senza aggiungere alcuna limitazione. Il dato testuale ben si può interpretare, a priori, come l'affermazione di una capacità piena ed integrale.

Va detto che storicamente il Codice *Napoleon* non aveva accordato al minore che una capacità civile ristretta, evitando che questi potesse compiere atti reputati "gravi", ossia che comportavano particolari conseguenze. Si era invece preferito garantire al minore commerciante la capacità commerciale piena, salvo una particolare disciplina per ipotecare o alienare i propri immobili. Controtendenza, la novella del 1964 aveva invece abbattuto le differenze fra minore autorizzato al commercio e maggiorenne. Dopo la parentesi introdotta dalla legge del 7 luglio 1974, lo statuto dell'EIRL a riportato le cose al 1964, facendo sì che il minore possa compiere tutti gli atti previsti dall'art 110-1 del Code de Commerce<sup>39</sup> ed essere soggetto a tutte le regole di diritto commerciale.

---

38 «*Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*».

39 «*La loi répute actes de commerce: 1° Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre; 2° Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux; 3° Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières; 4°*

Questo “postulato” va sottoposto ad un esame critico, avendo riguardo ai particolari settori del diritto commerciale. Se infatti prendiamo in esame quello delle operazioni sul fondo di commercio o quello del diritto delle società, la tesi fin ora sostenuta regge la prova dei fatti. Nel primo settore, il minore può effettuare tutte le operazioni previste, ponendo in essere qualsiasi atto giuridico che egli ritenga opportuno; niente più lo protegge né lo interferisce. Per quanto concerne il diritto societario la legge stabilisce che il socio debba avere la qualità di commerciante e che egli risponda in solido della totalità dei debiti contratti dalla società. In linea di massima, avendo inoltre la legge del 2010 neutralizzato gli effetti della legge n. 66-537 del 24 luglio 1966, non si potrebbe affermare il contrario nel caso in cui il socio della società di commercio sia un minore. Esistono però campi in cui il postulato mostra tutta la sua debolezza. È il caso del diritto e del diritto penale degli affari. Per il diritto penale il minore è soggetto, ai sensi dell’Ordinanza n. 45-174 del 2 febbraio 1945, alla sola giurisdizione del tribunale dei minori, con l’esclusione della giurisdizione penale comune che invece si applica nei canonici casi di diritto penale degli affari. Il diritto cambiario invece sconta una sbavatura dello statuto dell’EIRL che, pur avendo riconosciuto l’equiparazione fra minore commerciante e maggiorenne, non ha modificato quanto disposto dall’articolo 511-5 Code de Commerce<sup>40</sup>, il quale prevede che le cambiali sottoscritte dai minori sono viziose di nullità operante al solo vantaggio di questi. Dalla concisa analisi si comprende che il legislatore francese, adottando la legge del 15 giugno 2010, è stato mosso dalla volontà di unificare la disciplina dei soggetti che possono esercitare attività commerciali, garantendo anche al minore di diciotto anni la capacità piena e integrale. Ciononostante, l’intervento sull’ordinamento preesistente non è stato chirurgico e sono sopravvissute delle antinomie che dovranno essere risolte dal potere legislativo o, nell’attesa, dal giudice.

Per lo specifico caso del minore non emancipato, lo statuto è intervenuto indirettamente sulle regole. La riscrittura dell’art 121-2 Code de Commerce impedisce che un minore non emancipato possa rivestire la qualità di commerciante; questa

---

*Toute entreprise de location de meubles; 5° Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau; 6° Toute entreprise de fournitures, d’agence, bureaux d’affaires, établissements de ventes à l’encan, de spectacles publics; 7° Toute opération de change, banque, courtage, activité d’émission et de gestion de monnaie électronique et tout service de paiement; 8° Toutes les opérations de banques publiques; 9° Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers; 10° Entre toutes personnes, les lettres de changes.*

40 «Les dispositions des articles L. 511-56 à L. 511-61 relatives à la publicité et à la prorogation des délais de protêts sont applicables au protêt dressé faute de paiement d’un billet à ordre».

disposizione, prevista espressamente nella riforma, all'atto dell'entrata in vigore della legge è scomparsa dal testo, ciononostante è possibile ugualmente ragionare a contrario, sostenendo che, se il legislatore ha previsto testualmente che il minore emancipato possa essere commerciante, ha sbarrato questa strada con il suo silenzio al minore non emancipato. Se è vero che, grazie allo statuto, il diritto commerciale conserva un interdizione storica in materia di commercio, va detto che la legge del 15 juin 2010 apporta una modifica molto profonda per quanto riguarda la situazione del minore poiché riconosce la facoltà di optare per lo statuto EIRL: il nuovo articolo 389-8 Codice Civile prevede che il minore, compiuti sedici anni, possa essere autorizzato dai suoi genitori o dall'amministratore legale avente l'autorizzazione del giudice tutelare a compiere quegli atti necessari alla creazione ed alla gestione di un'impresa individuale a responsabilità limitata. In questo caso, stante il disposto dell'articolo 509 del Codice Civile<sup>41</sup> che proibisce al tutore di gestire l'attività commerciale in nome del tutelato, vi è una restrizione delle professioni che il minore non emancipato può esercitare ricorrendo all'EIRL. Sarà possibile essere un imprenditore esclusivamente nei campi dell'artigianato o dell'agricoltura, poiché le professioni liberali rientrano nel campo di applicazione del divieto ex articolo 509 Codice Civile.

## 1.2 Profili oggettivi della creazione di un patrimonio separato

Dopo avere inquadrato i soggetti che sono stati toccati dalla novella introdotta dalla legge del 15 giugno 2010, si fa necessario inquadrare i profili oggettivi dell'EIRL, trattando così del patrimonio separato da quello personale e familiare dell'imprenditore. Questa nozione, come si vedrà nelle pagine seguenti, è il frutto di un lungo dibattito dottrinale che ha visto due scuole, quella classica e quella di matrice tedesca,

---

41 «Le tuteur ne peut, même avec une autorisation: 1° Accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée sauf ce qui est dit à propos des donations, tels que la remise de dette, la renonciation gratuite à un droit acquis, la renonciation anticipée à l'action en réduction visée aux articles 929 à 930-5, la mainlevée d'hypothèque ou de sûreté sans paiement ou la constitution gratuite d'une servitude ou d'une sûreté pour garantir la dette d'un tiers; 2° Acquérir d'un tiers un droit ou une créance que ce dernier détient contre la personne protégée; 3° Exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la personne protégée; 4° Acheter les biens de la personne protégée ainsi que les prendre à bail ou à ferme, sous réserve des dispositions de l'article 508; 5° Transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé».

affrontarsi *ex cathedra* in merito. Inquadrate le coordinate teoriche, si passerà a studiare quelli che sono i beni che possono fare oggetto della dichiarazione di separazione. Da ultimo si concentrerà l'attenzione per poter meglio comprendere affinità e differenze del modello proposto agli imprenditori con l'EIRL da quello societario. Al primo sguardo, infatti, società ed EIRL sembrano entrambi basati sul patrimonio separato, ma è necessario approfondire e fare le necessarie puntualizzazioni.

### 1.2.1 *La nozione di patrimonio separato*

Essendo la struttura dell'EIRL fondata sull'idea di un patrimonio separato, è fondamentale comprendere i profili oggettivi per il ricorso allo statuto imprenditoriale in questione. In particolare è molto importante avere chiaro quale sia il concetto di patrimonio sotteso dal legislatore. La parola patrimonio trae le proprie origini dal latino *patrimonium*, a sua volta derivante da *pater*, padre<sup>42</sup>. L'etimologia mette in luce il significato arcaico del termine, ossia l'insieme di beni ereditari che passano di padre in figlio, poi esteso a tutti i beni, compresi quelli che si acquistano. Trasportandolo nel campo giuridico, il lemma si arricchisce di significati: viene ad essere definito come l'insieme di rapporti giuridici, aventi contenuto economico, che fanno capo ad una persona, cd titolare. In questa accezione, i rapporti possono essere sia attivi, dunque diritti assoluti o relativi, sia passivi, comportanti cioè un obbligo o debito. Va precisato che rientrano nel patrimonio i soli diritti e obblighi patrimoniali, ossia interessi di natura economica, che riguardano beni che hanno o possono avere un valore valutabile in denaro. Sono così esclusi i diritti e obblighi non patrimoniali. In particolare, questo insieme di beni, va a formare un'universalità di diritto, così comprendendo sia i beni presenti che quelli futuri.

Presentando il progetto di legge relativa all'imprenditore individuale a responsabilità limitata all'Assemblea Nazionale, M. Hervé Novelli ha sottolineato come fosse un obiettivo preciso del governo quello di rompere con il "dogma" dell'unicità del patrimonio personale, consacrando un sistema basato sulla separazione del patrimonio che permette a un soggetto di isolare una parte dei propri attivi. È sicuramente questa la parte più rivoluzionaria dell'intera architettura legislativa introdotta della legge del 15 juin

---

42 V. A. SÉRIAUX, *Patrimoine*, in Rép. Civ., 2010.

2010, e ciò è sottolineato dall'attenzione dimostrata dai giuristi per questo aspetto di cesura con il passato. Interessante è il ragionamento sull'uso fatto da M. Novelli del termine dogma, va detto che il significato di questo lemma è quello di un'opinione assunta come verità indiscutibile e indimostrabile, di conseguenza è ben possibile che un ragionamento possa contrastare con esso. Il punto da analizzare in materia di patrimonio separato è proprio questo, bisogna capire se è possibile costruire un sistema patrimoniale all'infuori del solco tracciato dalla secolare<sup>43</sup> teoria dell'unicità del patrimonio, se è possibile, insomma, abbandonarla completamente oppure arrivare ad una forma di convivenza della stessa con gli ultimi sviluppi normativi.

Le basi della teoria del patrimonio che a lungo ha imperato in Francia sono state poste da due professori di diritto Aubry e Rau<sup>44</sup> i quali, nel XIX secolo, affermavano che il patrimonio personale non potesse incorrere in divisioni, salvo particolari casi, che costituivano eccezioni. Le conseguenze di quest'approccio sono riassunte nel trittico secondo cui: solo le persone possono avere un patrimonio di sorta e non può esistere un patrimonio senza un soggetto titolare che ne costituisca da supporto; tutti i consociati hanno necessariamente un patrimonio perché essi sono capaci di essere titolari di diritti e obbligazioni che prendono posto all'interno del patrimonio, il patrimonio resta legato alla persona fintanto che dura la sua personalità, il suo carattere di indissociabilità lo rende intrasmissibile, tant'è che in materia di successioni *mortis causa* si ricorre alla finzione della continuazione della persona del defunto; una persona non ha che un patrimonio, perché esso non può essere più divisibile della personalità.

In questo senso, il patrimonio era definito come un'emanazione della personalità giuridica, risolvendosi nell'insieme di oggetti sui quali la persona esercita i propri poteri in forma piena perché essi sono sottomessi al libero arbitrio della sua sola volontà. Il patrimonio diventava così una proiezione della persona giuridica sul bene in questione e, nella visione classica delle cose, la proprietà veniva caratterizzata da tre "prerogative", l'*usus*, il *fructus* e l'*abusus*.

Questa visione liberale della proprietà come insieme di prerogative fu da subito

---

43 Cfr. H. NOVELLI, Sénat, CR séance 8 avr. 2010. Il Segretario di stato, in particolare, ha sostenuto come questa teoria affondasse le radici in una tradizione bisecolare, il che è storicamente sbagliato, visto che il principio dell'unicità del patrimonio è una creazione di metà ottocento.

44 I due professori presentarono il loro lavoro nel 1857, nel «*Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand*».

temperata con posizioni più moderate, che prediligevano una visione della proprietà come possibilità per la persona di compiere ciò che desidera su determinate cose. È questo quanto affermato dall'articolo 544 del Codice Civile<sup>45</sup> per cui «la proprietà è il diritto di fruire e di disporre delle cose nella maniera più assoluta, per quanto non si faccia un uso proibito dalla legge o dai regolamenti».

La proprietà diventa quindi una libertà fondamentale<sup>46</sup>, grazie alla quale un consociato può fare, in linea di principio, tutto ciò che vuole nei limiti di legge.

Per questo punto di vista, il patrimonio era individuabile, secondo d'Aubry e Rau, avendo sott'occhio non il contenuto, cioè le cose nella loro singolarità, bensì quell'insieme che, una volta tracciato, ricomprendeva al suo interno tutte quelle cose attribuite a titolo esclusivo ad una persona, esercitante su di loro un potere giuridico esclusivo. L'idea della separazione è, senza dubbio di sorta, assente dal concetto di patrimonio, salvo volerla confondere con quella di proprietà. Ma ciò non è possibile per il fatto che, se la proprietà è l'attribuzione di una cosa ad una persona senza che li venga assegnata una funzione particolare, la separazione è pensabile in quanto sottomette la cosa ad uno scopo preciso; si caratterizza per la specialità della destinazione attribuita alla cosa. Ovvio che questa idea di cosa separata dal patrimonio perché asservita ad uno scopo particolare non è compatibile con il concetto di proprietà come espressione della libera volontà della persona. Ecco perché i due giuristi affermavano così fortemente l'unicità patrimoniale in capo ad un soggetto.

Il punto per cui ad una persona non poteva che corrispondere un solo patrimonio è stato un postulato incontestato per un lungo periodo. Tuttavia sul principio dell'unicità patrimoniale si iniziarono ad addensare critiche dovute al fatto che esso metteva in risalto gli inconvenienti e i limiti della teoria classica. Esistono infatti, anche al giorno d'oggi, delle masse di beni o dei beni puntualmente individuabili che sono sottomessi ad un regime giuridico particolare. Un esempio è dato dal diritto della navigazione, che si è dimostrato pioniere in questo campo con la nozione della fortuna di mare: si riconosce all'armatore un patrimonio marittimo distinto dal suo patrimonio personale, con tutte le connessioni in materia di responsabilità per le obbligazioni contratte.

---

45 «La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements».

46 V. A. DENIZOT, *L'étonnant destin de la théorie du patrimoine*, in RTD. Civ., 2010.

Nel diritto commerciale, gli elementi costitutivi del fondo di commercio (clientela, marchio, contratto d'affitto, merce) costituiscono un insieme, detto bene incorporale, distinto dai suoi elementi costitutivi, per il quale sono previste delle norme ad hoc. Nella stessa ottica, rientrano in questo discorso il fondo liberare e il fondo agricolo<sup>47</sup>. Lo stesso diritto privato, in materia matrimoniale e successoria, dimostra l'esistenza di masse di beni sulle quali, al di là dell'ipoteca o del privilegio, sussistono cause di preferenza fra i creditori. Questo fa riflettere su come la riforma del 2010 non sia priva di radici nel panorama dell'ordinamento statale. Resta la convinzione per cui la separazione di masse di beni possa essere intesa in maniera più o meno radicale, avendo riguardo al disposto dell'articolo 2284 del Codice Civile (Red. Ord. n. 2006-346, 23 marzo 2006, relativa alle garanzie) secondo cui "chiunque si obbliga personalmente, è tenuto a garantire il suo impegno con tutti i beni, mobili o immobili".

Il tutto sta nel comprendere quanto si possa tendere la fune che unisce la persona al patrimonio, in considerazione di un pluralismo patrimoniale destinato a soddisfare le aspirazioni formulate alla luce dei bisogni dell'impresa. Se si volesse preservare la concezione classica, la soluzione non potrebbe che essere quella di creare una nuova persona giuridica, dotata di personalità morale, ossia una società, adatta, in ragione della sua personalità, ad essere titolare di un patrimonio proprio.

Il ricorso alla soluzione della persona morale ci spinge ad interrogarci su quali siano i limiti al potere creativo della volontà giuridica. Interessa, in particolare, sapere se, per scongiurare il discorso secondo cui siamo dinanzi ad un paravento generatore di complicazioni, l'idea del raddoppio della personalità abbia una qualche utilità. A questa domanda, di primo acchito, si è tentati di rispondere negativamente; se l'identità di una persona è una componente necessaria per l'affidabilità e la sicurezza giuridica dei rapporti, non è possibile nemmeno che la stessa persona possa essere trattata diversamente a seconda dei vari campi delle proprie azioni, il che non esclude la possibile adozione di comportamenti antagonisti in funzione di questa diversità dei campi, personale, familiare o societario, in cui opera lo stesso individuo. Detto ciò, si deve aggiungere che l'esistenza di un individuo possa essere, in determinate circostanze, l'occasione di conflitti d'interesse, laddove l'ordinamento riconosca protezione giudica all'interesse del singolo;

---

47 V. M. MEKKIT, *Le patrimoine aujourd'hui*, in JCP n. 2010, 1327.

ben può essere che, quando il soggetto agisce in due qualità distinte possa arrivare ad esprimere due volontà contrastanti. Sono tutti problemi legati all'esistenza di più qualità in capo ad un'unica persona; si può ben notare come i concetti di qualità e personalità siano attigui e spesso vadano a sovrapporsi, il che stimola una riflessione nuova. Ed è solo partendo dalla nozione di qualità personale che si arriverà a dire che non ha più senso mantenere il principio di unicità del patrimonio<sup>48</sup>, sradicando la distinzione dei patrimoni dal concetto di personalità della persona fisica.

Come si è visto, i giuristi francesi hanno a lungo scelto, per far fronte alle richieste della società che giorno dopo giorno diventa una trama più complessa, di ragionare in termini di eccezioni al principio dell'unicità del patrimonio, temperandolo con numerose deroghe che permettono all'imprenditore di limitare la propria responsabilità professionale a masse di beni limitate. Esempio è stato lo sconvolgimento delle regole del diritto societario operato con la legge n. 85-697 dell'11 luglio 1985 che ha autorizzato la creazione di società unipersonali.

A fronte dell'aumento di queste eccezioni si sono levate, da più parti, richieste volte a sovvertire il rapporto fra la regola e le sue eccezioni. L'idea di un patrimonio separato dal patrimonio personale e dedicato all'attività professionale ha visto la luce nel diritto tedesco, il quale ha ormai assunto nella propria tradizione giuridica, attraverso l'istituto dello *Zweckvermögen*<sup>49</sup>, tale nozione. I fondamenti teorici per la comprensione della separazione patrimoniale sono due: la nozione di separazione dei beni, che già costituisce una conquista del diritto francese, e quella di patrimonio, ossia un insieme di beni, altrimenti detto universalità di diritto.

Il punto di vista che, fino a questo momento, è stato messo in risalto è quello che traduce la novità portata dallo statuto dell'EIRL come una rottura con il dogma dell'unicità, in linea con quanto pubblicizzato dal governo francese. Vi è, tuttavia, la possibilità di leggere la riforma con delle lenti diverse, che tengano conto dell'intero portato della teoria classica. Più propriamente, sostenendo il concetto del patrimonio

---

48 V. A-L. THOMAS-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine*, Defrénois, coll. Thèse, 2007; Ph. Dupichot, *L'unicité du patrimoine aujourd'hui*, JCP N 2009, 1356.

49 Questo istituto si contrappone al *Personalvermögen*, che è il patrimonio personale. In *Zweckvermögen*, in linea di massima, è il patrimonio delle persone giuridiche, anche se possono esistere persone giuridiche senza *Zweckvermögen* e *Zweckvermögen* senza personalità giuridica. V. M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Wolters Kluwer Italia, 2010, p. 297.

come insieme delle cose di proprietà della persona, si affermava al contempo che, essendo il patrimonio una riflesso della persona, le obbligazioni da questa contrattate non potevano che essere garantite che con il patrimonio. L'articolo 2092 del Codice Civile<sup>50</sup> stabilisce che tutti i beni del debitore costituiscono garanzia del credito, essendo apprensibili nel caso di inadempienza. Pur affermando ciò, è incontrovertito che esistono cose che, appartenenti alla persona, non costituiscono garanzia per il creditore e di conseguenza si trovano fuori dal patrimonio. È qui il paradosso della teoria classica, la quale crea un sistema perfetto nella teoria ma che non riesce a coprire l'ostinatezza della realtà<sup>51</sup>, lasciando esterni al patrimonio i beni innati. In questo caso infatti c'è un particolare trait d'union tra la persona e il bene, per cui non si può alienarli in virtù del carattere di necessità che connota i secondi.

Essendo vero questo, ne consegue che esistono dei beni compresi nel patrimonio inteso come insieme delle proprietà del soggetto ma al contempo esterni al patrimonio inteso come garanzia del credito.

Ecco perché è più corretto affermare che il patrimonio ha due significati; nel primo caso è inteso come tutte quelle cose di proprietà di un soggetto, nel secondo come il complesso dei beni che costituiscono garanzia generale. All'interno della prima categoria possiamo distinguere due sottoinsiemi: il patrimonio apprensibile e quello non apprensibile. Fra questi due sottoinsiemi, la distinzione avviene sulla base del vincolo di destinazione che connota i beni, ossia avviene, ed è qui lo snodo concettuale di questo percorso mentale, una "separazione". E se non è troppo spinto, si può affermare che la separazione, il vincolo di destinazione afferisce non le cose personali ma quelle che costituiscono garanzia patrimoniale, nel nostro ragionamento, infatti, non conta quale sia il collegamento fra la persona e la cosa, cioè non importa il regime della proprietà interessato in quel frangente, bensì conta che le cose siano attribuite alla persona in virtù di uno scopo specifico. L'inapprensibilità di una cosa non va letta in termini di separazione patrimoniale, perché essa n'è il risolto negativo. Poiché queste non sono garanzia del credito, esse non rispondono alla funzione che il codice civile assegna agli elementi del patrimonio, quella di protezione degli interessi del creditore.

---

50 «*Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*».

51 V. E. MEILLER, *L'universalité de fait*, RTD civ, octobre/décembre 2012, p. 651 e ss.

Non essendo apprensibili, per ragioni di volta in volta stabilite dal legislatore o dal giudice, queste cose non possono sottostare a quel vincolo di destinazione stabilito dal codice. La funzione di garanzia, per tanto, rappresenta la base della separazione patrimoniale. La separazione intesa in questo senso implica che lo scopo sia precisamente individuato, così come avviene nel caso individuato. Passando ora al concetto del patrimonio separato, è possibile fare un parallelismo fra esso ed il patrimonio-garanzia. Nel primo caso, la separazione consiste nella garanzia per crediti peculiari, esattamente come nel secondo caso. Il vincolo di destinazione è perciò lo stesso, semplicemente, il patrimonio separato restringe il campo di applicazione della separazione effettuate dal codice civile. Questo non ha conseguenze concettuali perché, come è stato affermato sopra, il patrimonio è inteso come l'insieme, il perimetro, delle cose soggette al potere della persona, non rilevando il loro numero. Inoltre è ben possibile, nei fatti, che il patrimonio professionale oggetto di separazione sia più capiente di quello personale.

Affermare che ciò che crea la connessione fra le cose rientranti nel patrimonio-garanzia sia la loro appartenenza alla persona, non distinguendo dunque i due significati del patrimonio (garanzia e proprietà)<sup>52</sup>, fa sì che nulla strida nell'affermare che il patrimonio separato sia una specie del patrimonio-garanzia individuato dalla teoria classica. In questa prospettiva, i beni separati si comportano esattamente come gli altri, semplicemente sono gravati da un particolare vincolo di garanzia, ossia la soddisfazione, nel nostro caso, dei creditori professionali. Il patrimonio separato costituisce dunque un patrimonio speciale rispetto al patrimonio generale ed i creditori professionali non si distinguono dai creditori personali che godono di un diritto di garanzia su di un bene.

È, in sostanza, la situazione dei beneficiari di una garanzia reale: si ha un diritto di preferenza sul patrimonio separato, che non esclude tuttavia la possibilità di esercitare le proprie pretese sul patrimonio generale in caso d'insufficienza del primo. Viceversa, i creditori personali possono aggredire il patrimonio professionale in maniera residuale, in quanto i beni separati fanno parte del patrimonio generale. Se invece si aderisce alla distinzione dei due sensi del patrimonio nella teoria classica, arrivando ad accettare che il patrimonio-garanzia è già esso stesso un patrimonio separato, si può dedurre che i due patrimoni non sono che masse di cose separate e non l'uno il sottoinsieme dell'altro.

---

52 V. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, pref. M. GOBERT, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1995, n. 213, p. 172.

Il patrimonio-garanzia diventa per ciò stesso un patrimonio residuale e non più generale.

Queste masse sono frutto di vincoli di destinazione differenti, non esiste nessun collegamento fra di loro se non il fatto di essere ricomprese nel più grande insieme delineato dal concetto di patrimonio-proprietà, appartenendo infatti alla stessa persona. Il punto in comune non crea alcuna incidenza sui diritti vantati dai vari creditori, i quali hanno come garanzia i patrimoni separati, particolare (è il caso dell'EIRL) o residuale (nel caso di creditori comuni). La teoria riesce anche a spiegare quale sia la distinzione fra il patrimonio residuale e il patrimonio non apprensibile: gli elementi del primo, infatti, possono essere separati perché, essendo apprensibili, rispondono alle logiche del vincolo di destinazione che sono invece escluse per gli elementi del secondo insieme del patrimonio, dato che questi ultimi non sono capaci di servire allo scopo di garanzia dei creditori. Dunque è possibile, all'interno del pensiero di d'Aubry e Rau, distinguere due forme di patrimonio, di cui uno solo è quello che corrisponde alla definizione pura data dai due professori poiché è espressione del potere giuridico che deriva dalla proprietà sulla cosa e perciò ha come contenuto la totalità delle cose appartenenti ad una persona.

Questo patrimonio non è oggetto di separazione, bensì comprende in se stesso quelle cose che hanno la funzione di sostituirsi all'esecuzione forzata sulla persona del debitore inadempiente. Sono quest'ultime propriamente ad essere oggetto di separazione patrimoniale.

Si è voluto percorrere questa strada per arrivare alla domanda che permette di comprendere i termini dell'innovazione introdotta con lo statuto EIRL: perché il sistema giuridico francese non ammette la creazione di patrimoni separati speciali, nonostante la tecnica della separazione è propria dell'ordinamento? Bisogna infatti capire le ragioni alla base dell'indisponibilità, per i consociati, di questa tecnica, abbandonando il concetto-slogan, lanciato dal governo, per cui lo statuto rappresenta la rottura di un dogma. Come prima cosa si deve precisare l'estensione di questa indisponibilità, siccome essa non va intesa come impossibilità di fruire del vincolo di destinazione gravante sulle cose che costituiscono garanzia per il credito, ma, più esattamente, essa è da intendersi come impossibilità di disporre direttamente della separazione. A fronte di questa indisponibilità indiretta corrisponde, per così dire, un'indisponibilità diretta.

Per poter comprendere quali sono le peculiarità di ciò si deve guardare, in materia di apprensione per inadempimento, l'indisponibilità di taluni beni nelle mani del debitore. Per poter essere aggrediti, infatti, i beni devono essere sia appartenenti al soggetto sia rientranti nella sfera della sua disponibilità. Normalmente il debitore non può coinvolgere beni di cui non ha la disponibilità, e di conseguenza il creditore non potrà apprenderli perché egli non potrà vantare più diritti di quelli che il debitore vanta sul proprio patrimonio. Per tale ragione l'indisponibilità di un bene impedisce, in linea di principio, la sua apprensione. Emblematico è il caso dell'indisponibilità derivante dal fatto che il bene è oggetto di pignoramento: non è possibile che si eserciti un nuovo pignoramento perché il bene è fuori dalla sfera di disponibilità del debitore, "pegno su pegno non vale"<sup>53</sup>. Ora, laddove il debitore stipulasse una clausola d'indisponibilità a beneficio del creditore, con la quale si deroga al diritto di apprensione comune dei creditori, si crea *de facto* uno pseudo-patrimonio separato. In effetti, questa clausola, comportando l'impignorabilità della cosa, ha come conseguenza di fare uscire il bene dal patrimonio-garanzia per riservarlo al creditore beneficiario.

"Taluni autori tuttavia sostengono che l'affermazione dell'inapprensibilità del bene suppone il riconoscimento del carattere reale dell'indisponibilità: i creditori non possono aggredire più diritti di quelli propri del debitore e saranno tenuti in ragione delle prerogative d'ordine reale gravanti sul bene aggredito"<sup>54</sup>.

La conseguenza per cui, aggredendo il bene, i creditori si ritrovino investiti dei diritti che i loro debitori vantavano è accettabile solamente se si riconosce all'esecuzione forzata un effetto traslativo, il che, si dimostrerà, è una conclusione non accettabile. Essendo l'esecuzione un'operazione che colpisce il bene rendendolo indisponibile e lo immobilizza nelle mani del custode giudiziario, essa indica tutte le operazioni volte a soddisfare il creditore attraverso il prezzo della vendita del bene. Le operazioni finalizzate all'espropriazione non si risolvono in un trasferimento dei diritti del debitore, ma, attraverso l'esecuzione forzata, il creditore esercita poteri costrittivi che derivano dal diritto di credito stesso. I poteri derivanti dagli articoli 2284 e 2285 del Codice Civile, infatti, hanno come unico scopo quello di portare il debitore ad adempiere l'obbligazione. Si può quindi dire che il soggetto che avvia una procedura d'esecuzione

---

53 V. D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ, 2003, n. 460.

54 V. E. MEILLER, *L'universalité de fait*, RTD civ, octobre/décembre 2012, p. 659.

agisce al posto del debitore, quasi si trattasse di un'azione surrogatoria. A differenza di quest'ultima, in cui il creditore esercita diritti nei confronti di terzi che, pur essendo propri del debitore, quest'ultimo ha ommesso di esercitare, nell'esecuzione forzata il primo esercita al posto del secondo diritti che questi ha sui suoi beni. Il fatto che non ci sia un effetto traslativo *sic et simpliciter* è dimostrato dal fatto che, nell'espropriazione, la cessione forzata non interviene che dopo un primo momento: "la vendita forzata ai pubblici incanti del bene ha luogo dopo un periodo di un mese a partire dal giorno dell'esecuzione, periodo nel quale il debitore può procedere alla vendita". E ancora: "il debitore nei cui confronti è avviata una procedura di esecuzione forzata può, nelle condizioni previste dal decreto del Consiglio di Stato, vendere volontariamente i beni sequestrati per destinarne il prezzo alla soddisfazione dei creditori". In quest'ultimo caso il creditore non ha che un potere di controllo sullo svolgimento e sulle condizioni della vendita, poiché, se è vero che è il debitore ad agire, egli lo fa esclusivamente per il tornaconto del creditore insoddisfatto.

Se la procedura di esecuzione permette al creditore di esercitare i diritti del debitore, dunque, la ragione non sta nella realizzazione di una trasmissione, ma nella sostituzione che essa opera. I creditori vedranno dunque la loro possibilità d'azione limitata per effetto degli impegni presi dal debitore.

Risulta perciò che la clausola d'indisponibilità rende in apprensibili i beni e li fa uscire dal patrimonio-garanzia per riservarli al beneficiario della clausola. Si ha così un mezzo convenzionale per creare un patrimonio separato, dato che la contropartita alla stipulazione della clausola consiste nel vincolo per il creditore di non potersi soddisfare sugli altri beni. Tuttavia la tecnica non garantisce la perfetta impermeabilità dei patrimoni, soprattutto perché essa è particolarmente fastidiosa per il proprietario della cosa che ne costituisce l'oggetto. La soluzione sembrerebbe essere la stipulazione di una clausola di inapprensibilità della cosa e non di indisponibilità, ma questo non è possibile poiché l'esclusione della cosa dalle procedure d'esecuzione non attiene a nessuna prerogativa del debitore bensì a quelle dei creditori che ad egli si vorranno sostituire. Essa interdice loro di esercitare in sostituzione dell'inadempiente i poteri di disposizione sulla cosa. Ora i creditori interessati dalla clausola non sono parte, per definizione, dell'atto e non possono essere obbligati da questo.

Così, anche se sembra di costituire indirettamente un patrimonio separato per mezzo della clausola di indisponibilità, la tecnica è in realtà piuttosto limitata, sia per i suoi inconvenienti sia per il suo modo di costituzione. In effetti, quello che si ricerca prima di tutto nella tecnica di separazione patrimoniale è la possibilità di provvedere a una costituzione unilaterale diretta, che non afferisce la disponibilità del bene in causa. Ora questa possibilità è stata, fino all'ingresso nell'ordinamento dello statuto dell'EIRL, esclusa. La separazione risulta da un atto di volontà, che può essere individuale, giudiziario o legale. Ora, la proprietà sottomette le cose che ne costituiscono l'oggetto alla volontà di una persona, libera di dar loro la destinazione che ritenga più opportuna. Perché è allora impossibile al proprietario di dare ad alcuni dei propri beni la specifica destinazione di servire al soddisfacimento di alcuni creditori? Si è risposto che la volontà di destinare ad uno scopo specifico i propri beni dovesse rispettare i diritti dei terzi: è per tutela di quest'ultimi che non è permesso a chiunque di dividere a suo gradimento il patrimonio in tante masse. L'argomentazione però appare debole. Effettivamente, la tutela del principio di uguaglianza fra i creditori non impedisce la costituzione di una garanzia reale, il trasferimento della proprietà di una cosa a titolo di garanzia, la stipulazione d'indisponibilità.

La sicurezza dei terzi si può dunque ben accordare con la costituzione di un patrimonio separato. Se la costituzione diretta di un patrimonio di sorta è impossibile, ciò si deve al fatto che la volontà del proprietario, volta a determinare la destinazione di una cosa che gli appartiene in modo da interessare i suoi aventi diritto, non può toccare quei consociati che non abbiano diritti nei suoi confronti.

Si è visto come la costituzione di un patrimonio separato incontri due ostacoli. Il primo sta nel fatto che questa non possa che essere fatta in maniera indiretta, limitando ossia il diritto di disporre della cosa al suo proprietario, nella misura in cui solo questa restrizione è capace di coinvolgere i creditori non beneficiari della separazione, poiché loro hanno accettato la restrizione ai loro poteri. Il secondo ostacolo sorge perché la costituzione di un patrimonio separato vero e proprio suppone che i beneficiari accettino di non esercitare i loro poteri su quei beni esterni alla separazione.

In altri termini, la chiave del patrimonio separato è l'obbligo per i creditori, in un caso di non agire sui beni separati, nell'altro di non esercitare i propri poteri sui beni non

coinvolti nella separazione. Quest'obbligo distingue nettamente la creazione di una garanzia dalla creazione di un patrimonio separato. La prima infatti crea esclusivamente un diritto di preferenza, che non interdice niente né ai creditori chirografari, nonostante limiti fortemente la loro reale capacità di ottenere il pagamento del credito, né ai beneficiari della garanzia, che dispongono dell'opzione di agire sull'intero patrimonio del debitore senza esercitare il loro diritto. A contrario la separazione del patrimonio impone alle due categorie di creditori di perseguire le proprie mire in determinate maniere. Queste restrizioni per il creditore possono avere esclusivamente due fonti: la volontà dello stesso creditore e la legge. La volontà del debitore è impotente in questo senso, per questa ragione la costituzione di un patrimonio separato particolare per scelta di questi è impossibile. Senza il concorso della legge, egli può sicuramente destinare ad uno scopo i propri beni, ma questa separazione non ha effetti nei confronti dei creditori, dal momento che quest'ultimi esercitano un diritto a loro proprio. La questione, arrivati a ciò, diviene se sia possibile per legge autorizzare una persona ad imporre questa cosa ai propri creditori. I redattori del Codice Civile, agli articoli 2092 e 2093 (a oggi articoli 2284 e 2285), avevano trovato un equilibrio fra gli interessi del debitore e quelli dei creditori. Il debitore, infatti, gode del favore per cui non risponde più con la propria persona dei propri debiti, ma esclusivamente con i suoi beni. Come contropartita, i creditori beneficiano di un accesso generale al suo patrimonio. Questo equilibrio non è tuttavia immutabile. Già si è visto come la stessa teoria monistica del patrimonio accettava la separazione fra beni esclusivamente afferenti la persona e beni su cui i creditori potevano far valere i propri diritti. Se i beni del primo insieme sono esclusi dal vincolo di destinazione che interessa gli altri è perché vi è un interesse distinto che contrasta con la destinazione, questo interesse giustifica la loro uscita dal patrimonio-garanzia; se l'interesse venisse a mancare, il vincolo di destinazione si estenderebbe automaticamente ai beni personalissimi. L'esigenza di giustificare per mezzo di un interesse specifico la distinzione fra i beni del patrimonio ben si attaglia alla costituzione di un patrimonio separato particolare, ossia destinato ad un preciso novero di creditori. In questo caso, come nell'altro, l'uscita del bene dal patrimonio-garanzia comune è giustificata dall'esistenza di un interesse determinato, con la particolarità che è necessaria anche una manifestazione di volontà.

Ovviamente sarebbe un errore se la persona potesse, ad libitum, portare fuori dal patrimonio destinato ai creditori comuni tutti i beni che ella vuole; le stesse disposizioni in materia di insaisissabilité dettate dalla legge del 9 luglio 1991<sup>55</sup> perderebbero, altrimenti, ogni senso. Perché un soggetto non è libero di sopprimere unilateralmente la destinazione di garanzia per i creditori che grava sui suoi beni, è impossibile riconoscergli un potere di discrezionale di modificarla. La modifica, infatti, è da giustificare attraverso un interesse giuridico, il cui apprezzamento non richiede lo stesso profondo esame da compiere nel caso della soppressione.

Si può delineare lo sviluppo di questo ragionamento nei lavori preparatori dello statuto dell'EIRL. Gli stessi autori avevano individuato che lo scopo della legge in oggetto fosse quella di creare un patrimonio separato a fronte della necessità di proteggere l'imprenditore e la sua famiglia dai rischi d'impresa. Il tutto con il fine di favorire l'iniziativa economica privata, ossia, di favorire la libertà d'impresa, interesse che ha giustificato il restringimento delle pretese dei creditori. In questa prospettiva, si può prevedere di rendere disponibile la separazione patrimoniale in maniera generale, attraverso la linea guida dell'articolo 900-1 Codice Civile<sup>56</sup>.

Se è possibile riconoscere ad una persona il potere di imporre restrizioni ai suoi creditori, l'esercizio di questo potere deve essere sottomesso ad una condizione, quella di essere giustificato da un interesse giuridicamente protetto. Di conseguenza, la disponibilità della separazione deve essere accompagnata dal riconoscimento di una facoltà di opposizione, associata alla necessaria pubblicità della dichiarazione di separazione patrimoniale.

Tutto ciò al fine di consentire al giudice di controllare la legittimità dei motivi alla base della richiesta del costituente il patrimonio separato e della proporzionalità fra l'interesse da questi vantato e i sacrifici imposti ai creditori. È questo il sistema creato per opera della legge del 15 giugno 2010, l'articolo L. 526-12 del Code de Commerce ventila la facoltà di opposizione per i creditori che vantano un credito nato prima della

---

55 *Loi n. 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.*

56 «*Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige. Les dispositions du présent article ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ou mêmes à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales.*».

dichiarazione d'affectation, che sono i soli a cui la separazione patrimoniale è imposta, siccome i creditori successivi l'accettano necessariamente, quanto meno in forma implicita. Da ultimo va osservato come fra gli effetti della sussistenza di un interesse alla base della separazione vi sia, oltre all'opponibilità dei creditori alla dichiarazione, anche il delineamento di una linea invalicabile fra i due patrimoni separati, quello specifico e quello residuale. Ne risulta che il patrimonio sussiste fino alla sussistenza di questo interesse e, per di più, se l'interesse-justificazione viene a trovarsi in capo ad un'altra persona, se i beni costituiscono ancora un patrimonio separato, questo deve passare al nuovo soggetto, almeno nel caso in cui il costituente iniziale perda il suo interesse.

Le conseguenze di questo approccio teorico non sono di lieve entità. Appoggiare la tesi per cui la creazione di patrimoni separati, ricondotti al portatore di interesse giuridico che legittima la compressione dei diritti di apprensione della massa dei creditori, permette di poter pensare di rendere disponibile la separazione patrimoniale a tutti i consociati, non limitandola più al caso dello statuto dell'EIRL.

Come è ovvio, la disponibilità deve essere soggetta a taluni limiti: la destinazione di determinati beni alla garanzia di determinati debiti, creando un particolare obbligo per i creditori, non deve essere ammessa che quando è giustificata da un interesse giuridico, la cui esistenza deve poter essere verificata da un giudice ad iniziativa dei creditori, così come la proporzionalità fra il sacrificio imposto loro e questo interesse.

È questo, secondo il professor Pierre Berlioz<sup>57</sup>, l'aspetto di novità introdotto dalla legge del 15 giugno 2010: la rilettura della teoria classica del patrimonio, da cui consegue l'apertura dell'ordinamento francese alla creazione di patrimoni separati, non intesi come eccezioni alla regola generale dell'unicità del patrimonio, bensì come diretta conseguenza della disponibilità, in capo ai consociati, di provvedere a destinare i loro beni al soddisfacimento di taluni dei creditori.

### 1.2.2 *I beni destinati al patrimonio separato*

Ex articolo L. 526-6 del Code de Commerce il patrimonio separato può essere composto da beni, diritti, obbligazioni o garanzie di cui l'imprenditore individuale è

---

57 V. P. BERLIOZ, *L'affectation au cœur du patrimoine*, RTD civ, octobre/décembre 2011, p. 635 e ss.

titolare. La grande distinzione fra questi apporti è data dal carattere di necessità che caratterizza taluni dei beni che vanno a comporre il patrimonio separato. Ai beni necessari, si affiancano i beni utili all'attività professionale, che possono avere un utilizzo proprio anche non connesso con l'attività dell'imprenditore. Questa distinzione è stata rimarcata ad opera del Decreto n. 2012-122 del 30 gennaio 2012, relativo all'imprenditore individuale a responsabilità limitata. Il decreto viene a completare la nozione di bene necessario all'attività professionale, precisando che si tratta di quei beni "che, per natura, non possono che essere utilizzati per l'attività professionale<sup>58</sup>". Così dicendo, i beni utili, quelli cioè ad uso promiscuo, sia professionale che personale, possono essere separati se risultano afferenti l'attività che il dichiarante svolge. La delimitazione dei beni che devono far parte obbligatoriamente del patrimonio separato è stata lasciata volutamente poco chiara. È l'imprenditore stesso che determina, *prima facie*, i beni necessari alla sua attività e la contestazione a questa decisione non può che venire dai creditori professionali che, potendo rivalersi esclusivamente sulla totalità del patrimonio separato, hanno interesse a far valere che un determinato bene debba figurare nel patrimonio separato poiché necessario. Al di là di questa destinazione avente il connotato dell'imperatività, il patrimonio può ugualmente comprendere elementi facoltativi.

Questa parte del patrimonio è espressione pura della sola volontà dell'imprenditore senza che la sua scelta possa, a priori, essere contestata dai creditori. Il testo di legge menziona chiaramente che si tratta di elementi patrimoniali che l'imprenditore "decide" di inserire nel patrimonio separato. Ai fini della contestazione della scelta si deve, in primo luogo, smentire che l'elemento è utilizzato per l'esercizio dell'attività professionale. Nel caso, molto probabile nella realtà, di un bene che sia utilizzato sia per fini imprenditoriali sia per attività aventi carattere privato potrebbe nascere un problema.

La separazione del patrimonio, infatti, potrà essere contestata solo da quei creditori non legati all'attività imprenditoriale, che vogliono recuperare un bene sottratto alla garanzia generale per i creditori attraverso la non facile dimostrazione dell'utilizzo eccessivamente ridotto del bene ai fini professionali.

---

58 L'articolo 3 del decreto così recita: «Après l'article R. 526-3 du même code est inséré un article R. 526-3-1 ainsi rédigé: Art. R. 526-3-1.-Pour l'application du deuxième alinéa de l'article L. 526-6, les biens, droits, obligations et sûretés nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle s'entendent de ceux qui, par nature, ne peuvent être utilisés que dans le cadre de cette activité».

L'individuazione del bene è rimessa alla dichiarazione unilaterale dell'imprenditore individuale a responsabilità limitata, di conseguenza potrà dar vita a controversie che, per ultimo, vedranno interessato il giudice civile, il soggetto che chiuderà la catena svolgendo l'importante compito di supplenza del legislatore nel momento in cui andrà a riempire le categorie dei beni necessari e dei beni utili, per mezzo delle sue sentenze. Secondo il principio dei vasi comunicanti, quello che sarà inserito nel patrimonio separato diminuirà, nella stessa misura, l'assetto del patrimonio non separato e si ripercuoterà sulla situazione dei creditori i cui crediti non sono nati dall'attività per la quale lo statuto dell'EIRL è stato adottato. Deroga puntuale per gli imprenditori esercitanti un'attività agricola ai sensi dell'articolo L. 311-1 del Codice Rurale e della Pesca Marittima<sup>59</sup> è contenuta nel terzo comma dell'articolo L. 526-6 del Code de Commerce, secondo cui questi possono non destinare al patrimonio separato le terre utilizzate per l'esercizio della loro attività agricola. La facoltà è estesa a tutte le terre di cui l'imprenditore agricolo è proprietario. Da ultimo, l'articolo L. 526-6 del Code de Commerce stabilisce che un bene possa essere destinato soltanto ad un patrimonio, sia esso quello destinato alla garanzia dei soli creditori professionali o sia quello destinato alla garanzia dei restanti creditori.

### 1.2.3 *Il rapporto con il sistema societario*

Il grosso lavoro teorico alla base dell'introduzione dell'EIRL ha rappresentato una rottura con il passato, scardinando un "dogma". Questo ardimento mostrato dal legislatore non può però far dimenticare, allo studioso della riforma, che il tema al centro del discorso sul funzionamento e sul successo della novella presso gli imprenditori è essenzialmente la capacità dell'istituto di innovare, rispetto agli strumenti precedentemente creati, le protezioni garantite agli imprenditori individuali.

---

59 «Sont réputées agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation. Les activités de cultures marines sont réputées agricoles, nonobstant le statut social dont relèvent ceux qui les pratiquent. Il en est de même des activités de préparation et d'entraînement des équidés domestiques en vue de leur exploitation, à l'exclusion des activités de spectacle. Les activités agricoles ainsi définies ont un caractère civil. Toutefois, pour la détermination des critères d'affiliation aux régimes de protection sociale des non-salariés et des salariés des professions agricoles, sont considérées comme agricoles les activités mentionnées respectivement aux articles L. 722-1 et L. 722-20».

Come sembrerebbe dedursi dal discorso fatto finora, società ed EIRL risultano fondate sulla nozione di separazione del patrimonio, il che potrebbe portare a pensare che questi due istituti sono identici e che il ricorso all'EIRL non rappresenta alcun progresso rispetto allo strumento societario.

Non solo, le regole imposte per la separazione dei beni dalla massa indistinta mettono in luce il fatto che la libertà di introdurre una separazione patrimoniale è più ristretta rispetto alla libertà nella costituzione di una società unipersonale. La separazione altro non è che la destinazione di taluni beni ad un impiego determinato, non ha dunque che un carattere positivo. Inoltre, affianco a questo carattere, il comma 1 dell'articolo 526-6 lascia comprendere che una massa di beni, "il patrimonio", sia riservato ad un uso particolare, individuabile nell'attività professionale esercitata dall'imprenditore. Una volta che si è costituito il patrimonio separato, i beni in esso ricompresi non potranno più essere dedicati ad un uso differente. Gli stessi effetti della separazione si rintracciano nella creazione di patrimoni societari. Si deduce dal comma 1 dell'articolo 1832 del Codice Civile<sup>60</sup> che, al fine di costituire una società, bisogna riservare una massa di beni all'attività che sarà definita nell'oggetto sociale. Entrambi i patrimoni, quindi, sono frutto di una separazione, fondata, tra l'altro, su un interesse praticamente identico. Il comma 1 dell'articolo L. 526-6 del Code de Commerce precisa che la separazione è fatta per l'attività professionale, l'articolo 1836<sup>61</sup> prevede che il conferimento si compia per l'impresa comune; nei fatti l'impresa comune altro non è che un'attività professionale. Si potrebbe opporre che la società ha come scopo primario lo svolgimento di un'attività laddove l'EIRL non costituisce altro che una tecnica di limitazione della responsabilità, ma questa tesi si fonda sulla finalità della separazione, non sulla causa giuridica di questa. Essa è una tecnica, e come tale può essere utilizzata per svariati fini ed essere realizzata con svariati mezzi; quello che qui si vuole mettere in risalto è il fatto che sia la società che l'EIRL realizzano la riunione di beni per una certa attività professionale. Di conseguenza, pur essendo le finalità dell'EIRL e della società differenti, entrambi i patrimoni restano fondati sulla stessa idea di separazione patrimoniale. Ci si deve dunque domandare se esista e quale sia la differenza nel concreto fra i due strumenti.

---

60 «La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter».

61 «Les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par accord unanime des associés. En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci».

Che si tratti di patrimonio societario o di patrimonio dell'EIRL, non esiste nessuna restrizione in tema di attivi che è possibile includervi. Tuttavia delle particolarità si incontrano quanto alla maniera di procedere a questa inclusione. Nonostante le formule siano differenti, nei fatti, gli attivi patrimoniali sono, in entrambi i casi, della medesima natura. In tema di società, è possibile effettuare tre tipi di apporti: il conferimento di somme di denaro, il conferimento d'opera e il conferimento di beni materiali o meno differenti dai primi due tipi. Nel caso dell'imprenditore individuale, il patrimonio separato può comporsi di "beni, diritti, obbligazioni o garanzie dei quali l'imprenditore è titolare". Al momento della presentazione del progetto di legge da parte del governo, si era optati per il tritico "beni, diritti o garanzie" che era già stato impiegato in materia di *fiducie* dall'articolo 2011 del Codice Civile; l'Assemblea Nazionale aveva però deciso di aggiungere "obbligazioni". Questa differenza di formulazione fra diritto societario e previsioni in materia di EIRL non deve farci giungere a conclusioni affrettate. La separazione di beni può corrispondere tranquillamente al conferimento di denaro o di beni materiali, la separazione di diritti, obbligazioni e garanzie, invece, può essere assimilata al conferimento di beni immateriali. Infine, il conferimento d'opera è un elemento necessario nel caso dell'EIRL, visto che l'attività è svolta in maniera individuale dall'imprenditore. Quanto alla natura degli attivi che è possibile destinare a garanzie dei debiti professionali, vi è per le ragioni suddette, un'identità assoluta fra il patrimonio societario e quello dell'imprenditore individuale. Tale identità, però, non si ritrova se si fa una comparazione fra le modalità da seguire per la separazione dei beni. Esistono tre modi di effettuare un conferimento al patrimonio sociale, i quali non sono espressamente esclusi dalla legge del 15 giugno 2010.

Si potrebbe così dedurre che sia possibile ricorrervi, ma affermando ciò ci si troverebbe ad affrontare singolari problemi.

Il primo modo di apportare un bene alla società è il ricorso al conferimento in piena proprietà, il quale non crea alcun problema se il suo utilizzo viene esteso al caso dell'EIRL perché questo è il metodo di conferimento per antonomasia e trasla la situazione giuridica dal soggetto alla società senza peculiari meccanismi. Il conferimento, inoltre, potrebbe essere limitato al godimento del bene in questione.

Avendo in considerazione il caso dell'EIRL, questo tipo di separazione sembra

possibile per quell'imprenditore che non vorrà separare l'intera proprietà del suo bene ma che vorrà esclusivamente poterne godere in qualità di imprenditore individuale. Semplicemente, si possono a questo punto effettuare due rimarchi. Se, come in tema di società, il bene non è coinvolto in una procedura collettiva aperta nei confronti dell'EIRL perché esso non appartiene alla massa di beni del patrimonio separato, non si può che dubitare dell'utilità di questo conferimento, visto che non sarà assolutamente garanzia per i creditori professionali. Inoltre, sorge un dubbio sulla possibilità di separare un bene necessario, conferendo esclusivamente il godimento. La filosofia della legge è quella di garantire ai creditori un minimo di sicurezza con il patrimonio separato, dunque possiamo sostenere che i beni necessari devono essere separati seguendo la sola tecnica del conferimento della proprietà al fine di garantire i futuri debiti. Infine è possibile che il bene sia conferito in nuda proprietà o in usufrutto; ancora una volta, niente impedisce di traslare il meccanismo al caso dell'EIRL. Tuttavia, è lecito dubitare del ricorso al conferimento della nuda proprietà perché esso contrasta con le clausole che obbligano l'usufruttuario a utilizzare i beni per esercizio esclusivo dell'attività professionale.

Nello stesso modo, possono sorgere problemi con l'usufrutto perché questa separazione, se è facilmente accettabile per quei beni individuati come utili all'attività professionale, deve essere proibita per i beni necessari in ragione della precarietà dell'usufrutto e del fatto che, in tale maniera, il bene non sarà pienamente ricompreso nella massa patrimoniale separata. Il discorso è estremamente sottile e diviene importante, preso atto di quale è la filosofia che ha animato il legislatore, avere cura che l'estensione delle modalità di apporto alla società al caso della separazione patrimoniale, sic et simpliciter, non configuri una frode ai danni dei diritti vantati dai creditori, che è sanzionata con la ricostituzione della garanzia generale indifferenziata. Se, perciò, a prima vista le modalità di separazione coincidono con quelle del conferimento, in realtà tutto dipende dal carattere di utilità o necessità del bene in questione.

Ne consegue che l'identità fra patrimonio societario e quello dell'EIRL è relativa, influenzata dalla natura del bene. Ciò è frutto del fatto che, pur essendoci identità di causa, la separazione patrimoniale, nei due strumenti giuridici presi in esame, differisce per via delle loro finalità, che, come si è visto, porta ad una restrizione, nel caso dell'EIRL, in materia di libertà di separare beni dal patrimonio personale.

Contrariamente alla società, esistono dei vincoli in materia di beni da destinare al patrimonio professionale. La libertà di separare non è riconosciuta totalmente all'imprenditore: l'articolo L. 526-6 del Code de Commerce attribuisce un ruolo differente alla volontà del soggetto, in funzione della natura del bene. Si è, per questo motivo, liberi di nel caso di beni utili all'attività imprenditoriale e si è vincolati nel caso di beni necessari. Nel caso in cui non si abbiano margini di libertà, il patrimonio dell'EIRL conterrà beni professionali che vi accedono forzatamente.

Ora, per non correre il rischio di svuotare il patrimonio personale di tutta la sua sostanza e rendere in pratica irrilevante nella pratica il sistema di protezione patrimoniale dato dal doppio patrimonio, l'individuazione dei beni necessari deve essere fatta ponderatamente. D'altro canto, l'EIRL che esercita una attività in cui non sono richiesti necessariamente dei beni, potrebbe creare un patrimonio separato privo di garanzie per il proprio creditore.

Di base ci sono le premesse per cui la qualificazione della natura dei beni, utili o necessari, porterebbe alla nascita di numerosi contenziosi con i creditori; contenziosi, tra l'altro, basati su questioni di fatto e come tali non rilevanti per la giurisdizione della Corte di Cassazione. La scelta del giudice, caso per caso, diviene fondamentale perché implica il passaggio del bene da un patrimonio ad un altro, modificando così l'estensione della limitazione di responsabilità dell'imprenditore. Altri contenziosi possono sorgere a proposito della sanzione che colpisce il comportamento del soggetto che non ha separato taluni beni necessari: in caso di mancanze gravi al disposto dell'articolo L. 526-6 o di frode, infatti, l'EIRL sarà responsabile per la totalità dei suoi beni e dei suoi diritti.

Di contro, mancanze dovute a non aver ricompreso beni utili al momento della creazione di un patrimonio separato potranno non trovare la sanzione suddetta. Ecco perché è giusto affermare che, conseguenza indiretta della decisione della natura del bene, sarà la possibilità di invocare la sanzione che ripristina la situazione *quo ante*. A differenza delle società, l'imprenditore non è libero di operare, come a lui sembri meglio, separazioni fra i suoi beni.

La spiegazione all'inquadramento della sua volontà al momento della costituzione in EIRL va ricercata nella finalità di limitazione della responsabilità. La finalità delle società è di fornire agli imprenditori una struttura di utilizzo delle imprese.

Non è che in ragione dell'assenza dello statuto dato agli imprenditori che esse sono state utilizzate per limitare la responsabilità di quest'ultimi, attraverso il "trucco della personalità giuridica".

Le società unipersonali sono d'altronde state create per rimediare a questa ipocrisia, ma rimangono prima di tutto un modello di organizzazione dell'impresa. Lo scopo primario dell'EIRL non è, invece, quello di organizzare un'attività imprenditoriale, ma di limitare la responsabilità dell'imprenditore. Questo scopo si deduce dal titolo stesso della legge e dal fatto che la sua introduzione è stata espressamente presentata come tecnica di limitazione della responsabilità, per superare il fallimento della *fiducie* e della dichiarazione di inapprensibilità. Fare dell'EIRL una deroga ai testi fondamentali del diritto dei creditori mette in risalto il fatto che questa istituzione ha la vocazione di limitare la responsabilità del debitore ad una frazione individuabile del suo patrimonio generale. I creditori professionali godono della garanzia minima dei beni consacrati unicamente all'attività professionale, i beni necessari, infatti, proprio in funzione del loro scopo sono separati automaticamente. Per contro, le cose lasciate all'imprenditore in vista della separazione dei beni utili, conferisce ad egli la capacità di modulare la garanzia dei creditori, cosicché il proprio patrimonio separato avrà la stessa estensione della garanzia che offre per i debiti che contrae in virtù della propria attività imprenditoriale. Si garantisce il rispetto della finalità dell'EIRL, rispettando la libertà dell'imprenditore.

### 1.3 Le condizioni formali per la creazione di un patrimonio separato

Lo statuto dell'EIRL prevede una serie di procedure da seguire per poter operare una separazione patrimoniale. Queste condizioni formali di creazione e, come vedremo in seguito, di gestione sono destinate ad assicurare un minimo di protezione ai terzi, che devono essere posti nelle condizioni di conoscere il loro contraente e, di riflesso, la consistenza dei loro diritti. La costituzione dell'EIRL risulta da una manifestazione unilaterale di volontà da parte dell'imprenditore, la cosiddetta dichiarazione<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> La cosiddetta *déclaration d'affectation*.

Essa, ai sensi dell'articolo L. 526-8<sup>63</sup>, deve contenere determinate menzioni. In primo luogo, deve figurare uno stato descrittivo dei “beni, diritti, obbligazioni e garanzie destinate all'attività professionale”; si tratta, in altri termini, dell'elenco dei beni che comporranno il patrimonio dell'EIRL, in ragione del fatto che lo stesso elemento non può essere ricompreso nel patrimonio personale e in quello personale, anche se si tratta di un bene indiviso o comune al coniuge. Inoltre, anche sulla scorta di quanto già affermato, i termini utilizzati dal legislatore della riforma sono abbastanza larghi da permettere di ricomprendere la totalità delle cose che possono costituire oggetto di conferimento, sia i beni materiali che quelli immateriali.

La dichiarazione non comporta ovviamente un passaggio di proprietà, i beni, tanto quanto i diritti di proprietà industriale, restano associati al loro proprietario, per questo motivo non è richiesta nessuna particolare modifica dell'iscrizione del Registro dell'Istituto Nazionale della proprietà industriale. È necessario sottolineare l'importanza che riveste la valutazione del valore degli attivi separati. Essendo misura dell'estensione dei diritti dei creditori sul patrimonio imprenditoriale, il valore dell'apporto permette anche di stabilire la futura capacità di accesso al credito dell'EIRL. Il problema è identico a quello della valutazione dei beni che costituiscono conferimento alle società, per cui la soluzione impiegata è d'ordine simile. Quando un elemento dell'attivo supera il valore, fissato con decreto, di 30mila euro, l'imprenditore deve designare un “commissario ai conti<sup>64</sup>” chiamato ad eseguire un'operazione di valutazione, solo successivamente il bene sarà annesso alla dichiarazione. Il senato, in sede di discussione sul testo di legge approvato dalla camera, aveva esteso la competenza ed effettuare il lavoro di stima dei beni anche ad altri professionisti, i periti contabili, associazioni di gestione aggregate e i notai, allorquando si tratti di stimare il valore di un immobile.

---

63 «Les organismes chargés de la tenue des registres mentionnés à l'article L. 526-7 n'acceptent le dépôt de la déclaration visée au même article qu'après avoir vérifié qu'elle comporte: 1° Un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés affectés à l'activité professionnelle, en nature, qualité, quantité et valeur; 2° La mention de l'objet de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté. La modification de l'objet donne lieu à mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 527-7; 3° Le cas échéant, les documents attestant de l'accomplissement des formalités visées aux articles L. 526-9 à L. 526-11. Sans préjudice du respect des règles d'évaluation et d'affectation prévues à la présente section, l'entrepreneur individuel qui exerçait son activité professionnelle antérieurement au dépôt de la déclaration peut présenter en qualité d'état descriptif le bilan de son dernier exercice, à condition que celui-ci soit clos depuis moins de quatre mois à la date de dépôt de la déclaration. Dans ce cas, l'ensemble des éléments figurant dans le bilan compose l'état descriptif et les opérations intervenues depuis la date du dernier exercice clos sont comprises dans le premier exercice de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée».

64 Il commissaire aux comptes.

La procedura di nomina e di valutazione segue una procedura differente rispetto all'omologa operazione di diritto societario, nel quale la designazione non deve essere richiesta al tribunale.

In materia di EIRL, quando, non tenendo conto della valutazione proposta dal professionista incaricato, l'imprenditore palesa una valutazione differente, egli è responsabile nei confronti dei terzi con tutto il suo patrimonio per il periodo di cinque anni seguenti la dichiarazione, così colmando la differenza fra valore addotto e valore reale del bene (articolo L. 526-10 Code de Commerce<sup>65</sup>).

Attraverso la composizione e la stima del patrimonio separato, l'imprenditore individuale è così sottomesso a stringenti formalità finalizzate alla tutela dei creditori, tuttavia, questo dispositivo si dimostrerebbe inutile se la stessa separazione non potesse essere conosciuta dai terzi attraverso forme di pubblicità. Accanto alle dichiarazioni volte a stabilire l'estensione del patrimonio che viene separato, la novella ha, per questa ragione, anche previsto il rispetto delle procedure volte ad assicurare l'opponibilità del patrimonio separato alle pretese di tutti i creditori, sia che essi vantino un credito personale, sia che vantino un credito di natura imprenditoriale.

Elemento che si è voluto inserire in questa sede, per la sua stretta dipendenza dalle formalità richieste in sede di creazione del patrimonio separato, è quello dei costi che derivano dal ricorso alla dichiarazione formale richiesta per assumere la qualità di EIRL. L'esperienza dei primi anni dello statuto ha dimostrato, infatti, che uno dei fattori più importanti per il successo di un qualsiasi statuto giuridico dell'impresa è, oltre alla semplicità delle formalità necessarie, l'esiguità del costo da sopportare per poter essere un imprenditore individuale a responsabilità limitata. Per il patrimonio separato il costo globale risulta dal cumulo delle commissioni eventuali dei professionisti incaricati di valutare gli apporti, dei costi eventuali degli atti notarili e della pubblicazione, così come i costi del deposito della dichiarazione formale. Quest'ultima, in particolare, è gratuita se è depositata in contemporanea con la domanda di immatricolazione al Registro del commercio e delle società o al Repertorio dei mestieri, ex articolo L. 526-19, comma 2,

---

65 V. comma 3: «Lorsque la valeur déclarée est supérieure à celle proposée par le commissaire aux comptes, l'expert-comptable, l'association de gestion et de comptabilité ou le notaire, l'entrepreneur individuel est responsable, pendant une durée de cinq ans, à l'égard des tiers sur la totalité de son patrimoine, affecté et non affecté, à hauteur de la différence entre la valeur proposée par le commissaire aux comptes, l'expert-comptable, l'association de gestion et de comptabilité ou le notaire et la valeur déclarée».

del Code de Commerce<sup>66</sup>. Si deduce che la dichiarazione di separazione può essere depositata sia al momento della creazione dell'attività sociale, sia in un momento successivo, ossia quando quest'ultima è già stata avviata.

### 1.3.1 *Le formalità finalizzate a stabilire la conoscenza dell'estensione del patrimonio separato*

La costituzione del patrimonio ha come scopo quello di costituire un limite ai diritti dei creditori professionali dell'imprenditore. In cambio, i terzi devono beneficiare di una certa protezione che passa per la conoscenza della composizione del patrimonio e sulla garanzia di reale consistenza.

Il patrimonio separato, così come risulta dallo statuto dell'EIRL, è una categoria chiusa, a differenza del patrimonio garanzia generale, che è una categoria aperta<sup>67</sup>. È perciò necessario poterla determinare con precisione affinché i creditori possano conoscerle esattamente su cosa sono in grado di agire o, nel caso dei creditori personali, cosa resti loro.

Questa conoscenza non può che discendere da un formalismo simile, come detto, a quello previsto per le società. In pratica, il legislatore ha effettivamente messo in campo i mezzi necessari perché i creditori dell'imprenditore potessero conoscere la composizione del patrimonio di questi. L'articolo L. 526-8 del Code de Commerce esige che l'imprenditore effettui una dichiarazione complessiva, che indichi natura, qualità, quantità e valore dei beni separati. La dichiarazione deve poi indicare la designazione dell'oggetto dell'attività imprenditoriale per la quale i beni sono separati dal patrimonio. La destinazione di immobili deve essere fatta per mezzo di un atto notarile pubblicato presso il Banco di conservazione delle Ipoteche<sup>68</sup>.

Risulta perciò chiaro l'intento di mettere i creditori nella condizione di conoscere la composizione del patrimonio, permettendogli, quindi, di esprimere il loro dissenso in materia.

---

66 «La formalité de dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-7 est gratuite lorsque la déclaration est déposée simultanément à la demande d'immatriculation au registre de publicité légale».

67 V. S. PIEDELIEVRE, *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée*, in Defrénois, 15 Juillet 2010, n. 13, p. 1417.

68 Così come previsto dall'articolo L. 526-9, comma 1, del Code de Commerce: «L'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien est reçue par acte notarié et publiée au bureau des hypothèques ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au livre foncier de la situation du bien. L'entrepreneur individuel qui n'affecte qu'une partie d'un ou de plusieurs biens immobiliers désigne celle-ci dans un état descriptif de division».

L'importanza delle condizioni formali fa sì che esse assumano importanza anche sul piano sostanziale. Inoltre, l'estensione del patrimonio imprenditoriale è messa in risalto dall'obbligo, derivante dall'articolo L. 526-13 del Code de Commerce<sup>69</sup>, di tenere una contabilità autonoma al fine di assicurare, nella pratica, la separazione dei patrimoni che la dichiarazione realizza teoricamente. La tenuta di questa contabilità aiuta l'imprenditore individuale a mostrare alla sua controparte a quale titolo egli agisce, dunque su quale patrimonio il creditore può esercitare il suo diritto nel caso di mancata esecuzione dell'obbligazione da parte dell'EIRL<sup>70</sup>.

Oltre alla conoscenza degli attivi del patrimonio separato, il legislatore ha anche cercato di garantire la realtà economica di quanto dichiarato al momento della costituzione dell'EIRL. Così, l'articolo L. 526-10 del Code de Commerce<sup>71</sup> impone all'imprenditore di far valutare i beni il cui valore sia superiore ai 30mila euro. Il mancato rispetto di questa procedura di stima, vi sarà responsabilità per l'intero patrimonio. Noi possiamo tuttavia immaginare che, nel caso in cui vi sia una pluralità di patrimoni separati in capo allo stesso soggetto, i patrimoni creati precedentemente rispetto al patrimonio oggetto della controversia non possano essere toccati dall'estensione della garanzia patrimoniale generale.

Questa posizione permette di assicurare la tenuta del patrimonio imprenditoriale, proteggendo, dunque, gli interessi ultimi dei creditori professionali dei patrimoni anteriori.

La sanzione per il mancato rispetto delle formalità, d'altronde, sottolinea questa idea dal momento che si tratta di rendere l'imprenditore responsabile sull'insieme del suo patrimonio affinché i suoi creditori, personali o professionali, non abbiano a patire di una sopravvalutazione o sottovalutazione del reale valore dei beni separati. Infine, il deposito obbligatorio dei conti annuali e degli altri documenti previsti dall'articolo L. 526-

---

69 «L'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté fait l'objet d'une comptabilité autonome, établie dans les conditions définies aux articles L. 123-12 à L. 123-23 et L. 123-25 à L. 123-27. Par dérogation à l'article L. 123-28 et au premier alinéa du présent article, l'activité professionnelle des personnes bénéficiant des régimes définis aux articles 50-0, 64 et 102 ter du code général des impôts fait l'objet d'obligations comptables simplifiées. L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est tenu de faire ouvrir dans un établissement de crédit un ou plusieurs comptes bancaires exclusivement dédiés à l'activité à laquelle le patrimoine a été affecté».

70 V. D. MARTIN, *L'affectation d'un patrimoine, constitution du patrimoine in EIRL: L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Paris: Litec, 2011, p. 34, prec. n. 68.

71 A seguito dell'articolo 16 del Decreto n. 2010-1706 du 29 décembre 2010.

14, comma 1, del Code de Commerce<sup>72</sup> serve ad aggiornare la composizione e la valutazione del patrimonio separato. Questa regola permette di rendere la valutazione del patrimonio imprenditoriale credibile nonostante il passaggio di un lasso di tempo.

I conti sono un mezzo di assicurare l'aggiornamento del valore degli attivi del patrimonio perché essi dovranno essere «regolari, sinceri e donare un'immagine fedele del patrimonio, della situazione finanziaria e dei risultati dell'impresa<sup>73</sup>». Una tale obbligazione è ugualmente imposta in materia di società per mezzo dell'articolo L. 232-1, I, del Code de Commerce<sup>74</sup>, salvo il caso delle SARL, per cui l'associato unico, se persona fisica, assume personalmente la gestione della società se, al momento della chiusura di un esercizio sociale, questo non superasse una delle due soglie fissate per decreto dal Consiglio di Stato, relativamente al bilancio, la loro cifra di affari e il numero medio dei salari nel corso dell'esercizio. Va però detto che la sanzione prevista per il mancato deposito della contabilità annuale è solamente punitiva, ex articolo L. 526-14 del Code de Commerce, con l'obbligo di adempiere al deposito, e non con la riespansione delle garanzie dei creditori.

### 1.3.2 *Le formalità necessarie a rendere opponibile ai terzi la separazione patrimoniale*

I creditori dell'imprenditore devono essere capaci di conoscere dell'avvenuta separazione. Si deve dunque renderla loro opponibile.

Ora, l'opponibilità è generalmente assicurata attraverso la pubblicità. Questa permette ai creditori di criticare non soltanto la composizione del patrimonio in caso di frode a loro danno, ma anche l'utilizzo che dello stesso sta facendo l'imprenditore.

---

72 «Le bilan de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ou, le cas échéant, le ou les documents résultant des obligations comptables simplifiées prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-13 sont déposés chaque année au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-7 pour y être annexés. Ils sont transmis, pour y être annexés, au registre prévu au 3° de l'article L. 526-7 lorsque le dépôt de la déclaration est effectué au répertoire des métiers dans le cas prévu au 1° du même article, et, s'il y a lieu, au registre du commerce et des sociétés dans le cas prévu au 2° du même article. A compter de leur dépôt, ils valent actualisation de la composition du patrimoine affecté».

73 L'articolo L. 526-13 rinvia agli articoli L. 123-12 e ss. e L. 133-25 e ss. del Code de Commerce, per la disciplina della contabilità. L'articolo L. 123-14, in particolare, stabilisce che i conti debbano essere: «être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise».

74 «A la clôture de chaque exercice le conseil d'administration, le directoire ou les gérants dressent l'inventaire, les comptes annuels conformément aux dispositions de la section 2 du chapitre III du titre II du livre Ier et établissent un rapport de gestion écrit. Ils annexent au bilan: 1° Un état des cautionnements, avals et garanties donnés par la société. Cette disposition n'est pas applicable aux sociétés exploitant un établissement de crédit, une société de financement ou une entreprise d'assurance; 2° Un état des sûretés consenties par elle».

Questa forma di conoscenza pubblica richiede il rispetto di due regole generali. Per prima cosa, l'imprenditore dovrà rivelare la sua qualità di EIRL in occasione dell'esercizio della sua attività. Sarà per questo obbligato ad utilizzare una denominazione comprendente la frase "imprenditore individuale a responsabilità limitata" o le sole iniziali "EIRL" quando si trova a contrattare con creditori professionali.

Il legislatore ha accordato un'importanza particolare a questa misura di pubblicità poiché il pubblico ministero o tutti gli interessati possono domandare di condannare l'imprenditore al tribunale, che, decidendo in camera di consiglio, lo obbliga a riportare sui propri atti e documenti le denominazioni richieste<sup>75</sup>. Ma, questa pubblicità è insufficiente. L'articolo L. 526-7 del Code de Commerce<sup>76</sup> impone, allora, il deposito della dichiarazione di separazione su registri di pubblicità legale, individuati sulla scorta dell'attività esercitata dal soggetto. All'atto del deposito saranno controllati valore e composizione dei vari beni separati e gli organismi deputati alla ricezione della dichiarazione non potranno accettare il deposito senza prima aver esercitato il controllo richiesto. In caso di rifiuto di deposito, la separazione patrimoniale sarà impossibile e, per ciò stessa, inopponibile ai creditori. Allora, l'imprenditore non potrà avvalersi della separazione delle garanzie patrimoniali e i creditori potranno agire sul complesso del patrimonio personale. L'importanza dedicata a questa formalità può essere meglio compresa dal raffronto con le procedure richieste in materia di dichiarazione di inapprensibilità, per cui, trattandosi di persone fisiche, queste non sono tenute all'immatricolazione<sup>77</sup>. In questo caso preciso, la dichiarazione non necessita che di essere pubblicata in un giornale di annunci legali per poter essere opposta ai terzi. Ora, in materia di EIRL, questa pubblicità è stata reputata insufficiente per poter garantire la conoscenza dei terzi, per questa ragione si è provveduto alla creazione di un nuovo registro.

È possibile notare, inoltre, che il formalismo permette di opporre la separazione

---

75 V. articolo L. 526-6, comma 3, del Code de Commerce.

76 «*La constitution du patrimoine affecté résulte du dépôt d'une déclaration effectué: 1° Soit au registre de publicité légale auquel l'entrepreneur individuel est tenu de s'immatriculer. 2° Soit au registre de publicité légale choisi par l'entrepreneur individuel en cas de double immatriculation ; dans ce cas, mention en est portée à l'autre registre. 3° Soit, pour les personnes physiques qui ne sont pas tenues de s'immatriculer à un registre de publicité légale, à un registre tenu au greffe du tribunal statuant en matière commerciale du lieu de leur établissement principal. 4° Soit, pour les exploitants agricoles, au registre de l'agriculture tenu par la chambre d'agriculture compétentes.*

77 V. F. VAUVILLÉ, *Commentaire de la loi du 15 Juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, in Defrénois, 15 Septembre 2010, n. 15, p. 1649.

non solamente ai creditori che vantano un credito posteriore alla dichiarazione formale, con annessa pubblicità, ma alla stessa maniera, ai creditori anteriori. Ai sensi dell'articolo L. 526-12 del Code de Commerce<sup>78</sup>, la dichiarazione è opponibile a quest'ultimi alla condizione che, al momento del deposito della stessa, l'imprenditore a responsabilità limitata provveda a menzionare i diritti vantati dai terzi creditori ed a informarli, secondo quanto stabilito dal regolamento di attuazione.

In ragione di questo sistema di limitazione di responsabilità, per tutelare i creditori antecedenti, è stato riconosciuto loro il diritto di opposizione alla dichiarazione di separazione, che potrebbe imporre unilateralmente una separazione patrimonio capace di lasciarli senza beni sui quali esercitare i loro diritti di credito. Nel caso in cui la loro opposizione è ammessa dal tribunale, il patrimonio separato vedrà la luce, ma non sarà opponibile nei confronti degli opposenti.

#### 1.4 Il legame fra l'imprenditore e il patrimonio da questi costituito

Quest'ultimo paragrafo, che chiude il primo capitolo incentrato sulla creazione del patrimonio separato, prende le sue mosse da un'osservazione che ha mosso la dottrina in materia di contropartite alla creazione del suddetto patrimonio. Si può rapidamente osservare come vi sia una netta differenza con il sistema societario, dove il patrimonio del socio, che è stato depauperato dei beni oggetto di conferimento al patrimonio societario, viene integrato con titoli della società.

Questo non avviene nel caso dell'EIRL. Il passaggio successivo sarà automatico, capire perché viene a mancare la nascita di corrispettivi alla creazione di un patrimonio separato attraverso l'analisi della natura giuridica di quest'ultimo: in particolare si cerca di comprendere quale sia la tesi più idonea, visto l'esistenza di due filoni dottrinali, uno sostenente l'equiparazione del patrimonio separato ad un bene unico e complesso, l'altro, invece, che lo inquadra come un'universalità di diritto. La discussione sulla natura non è una semplice questione di lana caprina, poiché essa è volta ad identificare il regime da

---

<sup>78</sup> «Elle est opposable aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt à la condition que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée le mentionne dans la déclaration d'affectation et en informe les créanciers dans des conditions fixées par voie réglementaire».

applicare all'EIRL nel silenzio della legge. Da ultimo si riprende il discorso sull'esistenza dei corrispettivi, ricercandoli questa volta in momento cronologicamente successivo, quello del funzionamento del patrimonio. Quest'ultimo sotto-paragrafo è l'anticamera del II capitolo, dove i temi della gestione del patrimonio trovano maggiore sviluppo.

#### 1.4.1 *I contrappesi alla separazione patrimoniale*

Studiando il modello societario, in particolare la società unipersonale, si nota come si permetta al socio unico di creare una nuova persona giuridica al fine di gestire la propria attività imprenditoriale.

Il contrappeso all'apporto di beni che egli conferisce al patrimonio sociale è dato dai titoli societari nel patrimonio dello stesso.

Osservando l'EIRL, non si afferra subito l'esistenza di un sistema simile di contropartite: nessun titolo va ad integrare il patrimonio non separato dell'imprenditore a seguito della costituzione di un patrimonio separato. L'assenza di ogni contrappeso alla separazione non sembra essere la conseguenza della separazione. Il patrimonio societario e quello dell'EIRL, infatti, sono entrambi basati sulla separazione di beni, di conseguenza si può dedurre che non è il fatto di destinare un attivo ad uno scopo preciso che dà origine ai titoli societari. Fuori dal diritto delle società esistono altri tipi di separazioni patrimoniali, come la *fiducie* o la fortuna di mare, che non comportano la nascita di titoli nel patrimonio del loro costituente: la separazione, in questo caso, non fa che modificare il diritto di proprietà su di un bene, condizionandolo ad un uso preciso.

Ciò significa dire, dunque, che queste separazioni corrispondono ad un modo di esercitare il diritto di proprietà, e non ad un trasferimento ordinario di questo diritto. Si può pensare che il titolo attribuito al socio sarà la contropartita per il trasferimento della proprietà del patrimonio dal socio alla società; in assenza di trasferimento della proprietà al momento della creazione dell'EIRL, nessun titolo viene dunque a integrare il patrimonio non separato. Pertanto in alcune separazioni come la fiducia, esiste un trasferimento della proprietà senza che il patrimonio del costituente non venga integrato. L'attribuzione di un titolo è solamente la conseguenza dell'esistenza di un trasferimento di proprietà fra due patrimoni distinti.

Il titolo societario sarà allora il diritto, nato dal contratto di società, al profitto di ciascun associato<sup>79</sup>. In merito alla natura di questi, vi sono dei tentennamenti della dottrina. Si tratterebbe di un credito dell'associato nei confronti della società, ma questo credito sarebbe riconosciuto a titolo originale perché comporterebbe delle conseguenze pecuniarie ed extra-pecuniarie. In assenza di un contratto di società, la separazione del patrimonio non sarebbe dunque causa della creazione di titoli integranti il patrimonio non separato dell'imprenditore. In più, la separazione non fa che creare una scissione in seno al patrimonio generale, sembra quindi più logico che non abbia delle contropartite. Aggiungiamo che, se la costituzione del patrimonio separato non dona luogo ad alcun titolo a beneficio del patrimonio personale, l'imprenditore resta proprietario del primo patrimonio. Viene dunque immediato interrogarsi sull'eventualità che, all'atto della creazione del patrimonio, cosa nasca in capo al soggetto e se sia possibile parlare di un diritto sul patrimonio separato.

#### 1.4.2 *La natura giuridica del patrimonio separato dell'EIRL*

Analizzando la struttura dell'EIRL, poche certezze che si traggono dalla lettura della legge: quella per cui il patrimonio separato non gode della personalità giuridica e quella per cui esso è qualcosa in più della semplice dichiarazione di inapprensibilità. Al di là di queste evidenze, il punto da cui partire per una riflessione sulla natura del patrimonio separato è l'articolo L 526-6, comma 2, del Code de Commerce, che lascia intendere come il patrimonio costituisca un'universalità di diritto, al momento in cui dispone che “si compone di beni, diritti, obbligazioni e garanzie di cui l'imprenditore è titolare, necessarie all'esercizio della sua attività professionale. Può comprendere ugualmente i beni, i diritti, le obbligazioni e le garanzie di cui l'imprenditore è titolare, utilizzate per l'esercizio della sua attività professionale e che ha deciso di separare. Uno stesso bene, diritto, obbligazione o garanzia non può accedere che in un solo patrimonio”.

Tuttavia, l'articolo L 526-17 dello stesso codice prevede che l'EIRL «possa cedere a titolo oneroso, a titolo gratuito fra vivi o conferire in società la totalità del suo patrimonio separato e trasferirne la proprietà nelle condizioni previste ai numeri II e III

---

79 V. M. GERMAIN, *Traité de droit commercial : Les sociétés commerciales*, Tome 1 volume 2. Paris, LGDJ, 2009 p. 69, prec. n. 1080: «le droit né du contrat de société au profit de chaque associé».

del presente articolo senza procedere alla sua liquidazione<sup>80</sup>». Ora, si sa che la teoria classica postula che un patrimonio non possa essere alienato perché esso non è un bene. Il paradosso può essere risolto riconoscendo che la natura del patrimonio separato non sia quella del patrimonio generale. Quest'ultimo, che è l'emanazione della persona, non potrebbe essere oggetto di una cessione o trasmissione gratuita *inter vivos*. Contrapposto ad esso, il patrimonio separato è considerato come una creazione della persona, al servizio di un interesse particolare e per questa ragione trasmissibile a certe condizioni.

Questa ipotesi si basa, quindi, sull'esistenza di una differenza fra il patrimonio separato e quello generale. Per poter arrivare a questa affermazione è necessario effettuare dei passaggi ulteriori, volti a saggiare la consistenza delle tesi che vogliono il patrimonio separato come un bene, teoria che torna utile al momento della cessione del patrimonio, per poi soffermarsi su quella dell'universalità, che invece sembra discendere dalla natura stessa del patrimonio.

#### 1.4.3 *La qualificazione del patrimonio come un bene*

Il concetto giuridico di bene, nell'ordinamento, non trova una definizione legale. Il vocabolario giuridico dell'Associazione *Capitant* lo definisce come «tutte le cose materiali suscettibili di appropriazione», ma questa definizione richiede delle correzioni. Innanzitutto, esiste una sorta di consenso sulla necessità di includere all'interno della categoria anche i beni immateriali suscettibili di appropriazione, come la definizione prevede. Sarebbe perciò meglio dire che sono beni quelle cose materiali ed immateriali facenti oggetto di appropriazione, così come i diritti reali e personali. La dottrina aggiunge all'appropriazione anche la possibilità di eseguire il bene. La filosofia di fondo che sorregge queste definizioni è quella di per cui il bene non deve essere considerato solamente come una cosa utile al suo proprietario, ma anche come utile ai terzi, specialmente ai creditori capaci di eseguire il patrimonio del debitore. Questa analisi è innegabilmente seducente e sembra interessante a riguardo dell'ampiezza che connota il

---

80 «L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée peut céder à titre onéreux, transmettre à titre gratuit entre vifs ou apporter en société l'intégralité de son patrimoine affecté et en transférer la propriété dans les conditions prévues aux II et III du présent article sans procéder à sa liquidation».

diritto di esecuzione. La qualificazione di bene unico permette di completare quello che, sulla carta, è il regime incompleto del patrimonio separato.

Va però valutato se il patrimonio professionale, così inteso, si comporta secondo le regole che amministrano i beni.

Una parte minoritaria della dottrina ha sostenuto che il patrimonio separato costituisca un bene, complesso ma unico. Diviene un bene che prende il posto, all'interno del patrimonio generale, in sostituzione dei diritti e delle obbligazioni ad esso destinate. Se si confronta ciò con la qualificazione di bene suddetta, avendo in mente il carattere dell'appropriazione del bene, si può essere tentati dal dare ragione a questi giuristi, essendo, il patrimonio separato, perfettamente appropriabile. In fin dei conti, è lo stesso articolo L. 526-17 del Code de Commerce che non sembra lasciare alcun dubbio, affermando che il patrimonio è oggetto della proprietà.

Certo, esso è inizialmente costituito dall'imprenditore individuale, che decide, entro un certo limite, quali siano i beni da destinare all'attività professionale. Se invece guardassimo all'articolo L. 526-6 del Code de Commerce, si potrebbe sostenere che il patrimonio separato sia collegato alla persona alla stessa maniera di quello non separato. Tuttavia, la totalità di questo patrimonio è suscettibile di essere oggetto di atti traslativi *inter vivos*. Il ragionamento non tiene così bene sul secondo connotato della nozione espressa in dottrina. Se si accettasse proni l'ingresso del patrimonio separato nel patrimonio generale, si potrebbe arrivare ad affermare che i creditori personali dell'imprenditore possono esercitare i loro diritti sui due patrimoni indifferentemente.

Ora, salvo quanto dispone l'articolo L. 526-17 del Code de Commerce, l'articolo L. 526-6 e seguenti dello stesso codice non trattano il patrimonio separato come un bene unico, ma come un insieme di beni. In più, non solo la legge non prevede la sua apprensione, ma essa non si è neanche espressa in materia di costituzione di pegno. Questo si può giustificare con il fatto che non si deve dimenticare che il patrimonio separato comprende anche i debiti al momento della creazione, o quanto meno verrebbe ad essere comprensivo di debiti sorti nel corso della sua esistenza.

Sarebbe assurdo affermare che i debiti, che non sono dei beni, possano integrare, anche solo indirettamente, l'assetto di un pegno o di un'esecuzione forzata. Certo, debiti potrebbero nascere anche al momento del funzionamento di una fiducia, derivando dalla

conservazione e dalla gestione dei beni trasmessi, ma nessun debito può essere ricompreso nella costituzione iniziale del patrimonio fiduciario, che consiste *ab initio* in beni. Questa affermazione trova riscontro nell'articolo 2025, comma 1, del Codice Civile, che dispone che «senza pregiudizio dei diritti dei creditori del costituente titolare di un diritto di sequela attaccato ad una garanzia pubblicata anteriormente al contratto di *fiducie* e fuori dai casi di frode ai diritti dei creditori del costituente, il patrimonio fiduciario non può essere oggetto di esecuzione che per i titolari di un diritto di credito nato dalla conservazione o dalla gestione patrimoniale<sup>81</sup>». D'altronde, l'articolo L. 161-2 del Codice delle Procedure Civili di Esecuzione<sup>82</sup>, sembra scartare la tesi della pignorabilità del patrimonio separato, nel momento in cui dispone che nel caso di una procedura di esecuzione nei confronti del debitore imprenditore individuale a responsabilità limitata, essa non sia possibile che sui beni nei confronti dei quali i creditori hanno un diritto di pegno generale, tale a quello definito dalle disposizioni dell'articolo L. 526-12 del Code de Commerce. A priori, il testo di legge limita dunque la possibilità di un'esecuzione sui beni compresi nel patrimonio separato, il che suggerisce che egli non sia un bene. Così intesa, la norma non è altro che un richiamo a quanto previsto nel Code de Commerce all'articolo L. 526-12. Oltre ai riferimenti normativi, questa analisi risulta giusta anche perché, nel caso dell'ipotesi inversa, si dovrebbe considerare che il patrimonio non separato costituisca una sorta di metapatrimonio<sup>83</sup>, raccogliente il patrimonio separato, il che non è manifestamente l'obiettivo del legislatore.

#### 1.4.4 *La qualificazione del patrimonio come un'universalità*

La dottrina classica oppone l'universalità di fatto da quella di diritto.

La prima costituisce un insieme di beni che formano una collezione o una entità giuridica complessa, individuata singolarmente come un bene unico e sottomessa ad un regime giuridico peculiare.

---

81 «*Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine.*»

82 «*En cas de procédure d'exécution à l'encontre d'un débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée, celle-ci ne peut porter que sur le ou les biens sur lesquels le créancier a un droit de gage général tel que défini par les dispositions de l'article L. 526-12 du code de commerce.*»

83 V. P. BERLIOZ, *L'affectation au cœur du patrimoine*, RTD civ, octobre-décembre 2011, p. 642.

La seconda, invece, è un insieme di beni e di debiti che formano un'unità in cui gli elementi passivi e quelli attivi sono inseparabilmente collegati. Esempio di universalità di fatto è il fondo di commercio. Esso è considerato dalla dottrina maggioritaria come un'entità giuridica a parte, avente una natura propria, indipendentemente dagli elementi che la compongono.

Per giunta, è equiparato a bene mobile immateriale, o anche ad un bene complesso. Due elementi impediscono di estendere questa qualificazione al patrimonio separato. Da un lato, l'universalità di fatto non costituisce affatto un bene unico, sulla scorta di quanto già affermato. Dall'altro lato, l'universalità di fatto non comprende i debiti. La trasmissione di un'universalità non comporta la cessione dei debiti nati in capo al suo proprietario. Certo, la legge potrebbe puntualmente prevedere questa opzione, ma il principio rimane quello dell'esclusione dei debiti al momento della trasmissione. Ora, l'articolo 526-17, III, comma 3, del Code de Commerce dispone che «il cessionario, il donatario o il beneficiario del conferimento è debitore dei creditori dell'EIRL menzionato al comma 1 dell'articolo L. 526-12 in luogo ed al posto di questi, senza che questa sostituzione comporti la novazione nei loro confronti<sup>84</sup>». D'altronde, l'articolo A 526-4 dello stesso codice fa riferimento, trattando dello stato descrittivo del patrimonio in caso di conferimento alla società o di cessione, non solo al valore globale dell'attivo, ma anche a quello del passivo, indice supplementare della correlazione che esiste fra questi due elementi nel patrimonio separato. Il principio è dunque quello della trasmissione de plano dei debiti gravanti sul patrimonio separato, da cui discende l'incompatibilità lampante fra la qualificazione di universalità di fatto e la nozione giuridica di patrimonio separato. A chiusura del ragionamento, interviene quanto stabilito dall'articolo L. 526-17, III, comma 2, che sta a significare che il fondo di commercio dell'imprenditore individuale a responsabilità limitata fa parte integrante del patrimonio separato e che, conseguentemente, la cessione di quest'ultimo comporta quella del fondo stesso. Sarebbe dunque illogico ammettere che un universalità di fatto possa contenerne un'altra.

Non rimane che l'alternativa offerta dalla tesi per cui il patrimonio separato è un'universalità di diritto, che, come per il patrimonio generale, opera una correlazione fra

---

84 «Le cessionnaire, le donataire ou le bénéficiaire de l'apport est débiteur des créanciers de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée mentionnés au 1° de l'article L. 526-12 en lieu et place de celui-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard».

gli attivi e i passivi dell'imprenditore. Non ci si può però fermare solamente a questo dato, ma bisogna contestualizzarlo con la peculiare nozione di destinazione. Essa afferisce alla consacrazione del patrimonio allo svolgimento di una attività professionale e si può definire come il meccanismo attraverso il quale dei beni, sottomessi in principio allo scopo di garanzia generale e indeterminata, sono sottratti al proprietario in veste della realizzazione di un solo scopo.

Il patrimonio professionale, a differenza di quello personale, ha ragion d'essere esclusivamente in virtù della destinazione datagli dall'imprenditore individuale. Per questa ragione, esso non è totalmente distaccato dal patrimonio residuale: semplicemente, costituisce un legame fra imprenditore e attività svolta. Di conseguenza, tutte le operazioni che saranno suscettibili di portare nocimento al vincolo di destinazione del patrimonio separato non saranno concesse; il pegno e la garanzia sono fra queste perché comportano il rischio della cessazione della separazione. Per esempio la cessione a titolo oneroso o la trasmissione *inter vivos* del patrimonio professionale sarà possibile perché non minaccia l'esistenza stessa del vincolo di destinazione, a condizione, ovviamente, che si mantenga la separazione patrimoniale, così come previsto in materia di persone fisiche dall'articolo L. 526-17, III, comma 1. Il comma 3, invece, prevede che la cessione del patrimonio ad una persona giuridica comporta il trasferimento della proprietà in mano al cessionario, senza però che si mantenga la separazione. È necessario procedere alla dovuta pubblicità dell'atto, prima della quale esso non è opponibile ai terzi.

Questa differenza di trattamento deriva dalla volontà di escludere alle persone giuridiche di poter procedere alla separazione patrimoniale, di conseguenza il patrimonio separato, essendo basato sul patrimonio personale della persona fisica, perde la sua identità e il vincolo di destinazione cessa di essere utile. Il trasferimento della proprietà *inter vivos*, quindi, si armonizza perfettamente con la teoria dell'universalità di diritto. La teoria fin qui esposta ha il merito di chiarire il senso di altre disposizioni del Code de Commerce. L'articolo L. 526-15 del suddetto codice<sup>85</sup> prevede che, se l'EIRL rinuncia alla

---

85 «*En cas de renonciation de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à l'affectation ou en cas de décès de celui-ci, la déclaration d'affectation cesse de produire ses effets. Toutefois, en cas de cessation, concomitante à la renonciation, de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ou en cas de décès, les créanciers mentionnés aux 1° et 2° de l'article L. 526-12 conservent pour seul gage général celui qui était le leur au moment de la renonciation ou du décès. En cas de renonciation, l'entrepreneur individuel en fait porter la mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-7. En cas de décès, un héritier, un ayant droit ou toute personne mandatée à cet effet en fait porter la mention au même registre.*

separazione o nell'evenienza del suo decesso, la dichiarazione cessa di produrre i suoi effetti; l'articolo L. 526-16<sup>86</sup> aggiunge che la separazione sopravvive se uno degli eredi o aventi diritto, sotto riserva di rispettare le disposizioni testamentarie, esprime la volontà di proseguire l'attività professionale. L'esistenza stessa del patrimonio, infatti, non ha senso che in funzione del mantenimento della separazione, essa sta al patrimonio separato allo stesso modo in cui la continuazione della persona del defunto sta al patrimonio personale. Questa analisi permette ugualmente di rispondere a certe questioni non ancora risolte dalla legge, come quella sulla possibilità di una surrogazione reale<sup>87</sup> nel patrimonio imprenditoriale. Questo meccanismo è una *fiction iuris* con cui, all'interno di un'universalità di diritto, un bene va a rimpiazzarne un altro avente le medesime qualità.

Di conseguenza, tutto ciò che sarà surrogato al bene iniziale, sarà destinato all'attività professionale, alla stessa maniera del bene rimpiazzato. Il che potrebbe creare dei problemi con l'articolo L. 526-10, comma 2, del Code de Commerce, il quale dispone che «al momento della separazione di un bene indicato al comma 1 posteriore alla costituzione del patrimonio separato, essa è fatta oggetto di una stima nelle stesse forme e fa nascere l'obbligo di deposito di una dichiarazione complementare<sup>88</sup>». Laddove si voglia tener fede ai principi classici, è possibile ricorrere ad una teoria che parte dalla comparazione fra la cessione del contratto e il patrimonio separato. Essendo un contratto un fatto giuridico che non può essere considerato come bene *stricto sensu*, è possibile che esso sia ceduto, così come previsto in alcune materie. Non deve trarre in inganno il termine cessione, che sembra voler evocare un carattere di realtà che non è proprio del contratto, laddove esso è un modo di produrre norme attraverso lo scambio di volontà.

---

86 «Par dérogation à l'article L. 526-15, l'affectation ne cesse pas dès lors que l'un des héritiers ou ayants droit de l'entrepreneur individuel décédé, sous réserve du respect des dispositions successorales, manifeste son intention de poursuivre l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine était affecté. La personne ayant manifesté son intention de poursuivre l'activité professionnelle en fait porter la mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-7 dans un délai de trois mois à compter de la date du décès. La reprise du patrimoine affecté, le cas échéant après partage et vente de certains des biens affectés pour les besoins de la succession, est subordonnée au dépôt d'une déclaration de reprise au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-7».

87 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris: PUF, 2000, v. subrogation réelle: «définit la subrogation réelle comme la fiction de droit par laquelle (dans une universalité) un bien en remplace un autre en lui empruntant ses qualités». Il vocabolario giuridico dell'Associazione Henri Capitant, dunque, definisce la surrogazione reale come la finzione giuridica per cui, in un'universalità, un bene è rimpiazzato con un altro a cui si collegano le qualità del surrogato.

88 «Lorsque l'affectation d'un bien visé au premier alinéa est postérieure à la constitution du patrimoine affecté, elle fait l'objet d'une évaluation dans les mêmes formes et donne lieu au dépôt d'une déclaration complémentaire au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-7. L'article L. 526-8 est applicable, à l'exception des 1° et 2°».

Di conseguenza la qualità di parte del contratto, che viene acquisita dal cessionario, non è una cosa vera e propria, ma è espressione di un assoggettamento alle norme contrattuali. La cessione di contratto è dunque un'operazione originale, che sostituisce una parte con un'altra in seno a un contratto senza realizzare effetti traslativi delle obbligazioni nate da questo contratto. Essa, in particolare, permette di considerare il contratto non come un oggetto, ma come un mezzo per realizzare un'operazione economica. Il contratto ha valore esclusivamente per la sua causa, la cui determinazione dipende da una situazione complessa, non solamente dall'attività intima di una persona. È la causa l'elemento indissociabile dal contratto, non le parti che sono addivenute all'accordo, il cui cambiamento, quindi, non sarebbe capace di alterare la struttura contrattuale. Solamente il mutamento della causa è capace di porre nel nulla il contratto. Nella stessa maniera in cui il mantenimento della causa al momento della mutazione dei contraenti giustifica la cessione del contratto, così il mantenimento della separazione patrimoniale, intesa come vincolo dei beni al soddisfacimento dei creditori professionali, allorché muti il titolare del patrimonio giustifica la cessione di quest'ultima.

Sarebbe teoricamente più corretto, in questi casi, di parlare di sostituzione, non di cessione, che è una parola ingannevole, siccome il primo termine mette maggiormente in risalto il fatto che vi è stata un'alternanza nella figura della persona che aveva la qualità di parte o, nel nostro caso, di titolare del patrimonio, senza, però, che vi sia stato un trasferimento di una cosa da un patrimonio ad un altro.

Applicando questi risultati al patrimonio separato, l'analisi comporta che il cessionario è semplicemente ceduto al cedente, il che permette di giustificare la sopravvivenza del vincolo di destinazione. Per questa ragione, si può anche affermare che, ad essere stato colpito con la novella dello statuto dell'EIRL, non sia stato esclusivamente il dogma dell'unicità del patrimonio, ma anche quello dell'incapacità ed intrasmissibilità delle universalità di diritto.

#### 1.4.5 *Aspetti del funzionamento dell'attività imprenditoriale dell'EIRL*

Si è detto che l'imprenditore non riceve corrispettivi al momento della costituzione del patrimonio separato. È possibile, invece, individuare l'esistenza di contropartite alla

separazione di natura finanziaria durante il funzionamento dell'attività legata al patrimonio. Così come per il diritto di società, infatti, l'EIRL è titolare di un diritto ai profitti, a cui si affianca un diritto ulteriore, quello alle ritenute sul patrimonio separato. La legge del 15 giugno 2010 non attribuisce all'imprenditore un diritto sui profitti, tuttavia, la sua esistenza si può dedurre da alcune disposizioni di legge, il che permette di applicare in questo caso quanto disposto dal diritto societario, essendo ben possibile operare per analogia.

Il *droit aux bénéfices*<sup>89</sup> risulta dall'esercizio di un'attività professionale. In materia di società, l'articolo 1832 del Codice civile fa espressamente riferimento a questo diritto dal momento in cui dispone che la società è creata "in vista della ripartizione dei profitti" risultanti dall'impresa comune. Esercitando un'attività professionale, l'EIRL deve dunque avere un diritto sui profitti realizzati dal patrimonio separato. Inoltre, l'articolo L. 526-13 del Code de Commerce lo obbliga a tenere una contabilità conforme alle condizioni imposte ai commercianti. Ora, secondo l'articolo L. 123-21 del Code de Commerce, «solo i guadagni realizzati al momento della data di chiusura dell'esercizio possono essere iscritti nella contabilità annuale<sup>90</sup>», in più, l'ultimo comma dell'articolo L. 526-12 del Code de Commerce prevede che in caso di insufficienza del patrimonio non separato, i creditori personali possono esercitare i loro diritti sui guadagni realizzati dall'imprenditore al momento della chiusura dell'esercizio. Per il fatto che un creditore non può esercitare diritti maggiori di quelli che ha il suo debitore, così non può che risultare ovvio il riconoscimento all'EIRL della titolarità di un diritto sui guadagni realizzati con il patrimonio separato. L'assenza di contropartite alla separazione patrimoniale sotto forma di titoli non ha quindi nessuna incidenza sull'esistenza di questo diritto perché i titoli societari non servono che a determinare la ripartizione dei profitti fra i vari associati. L'EIRL ha dunque il pieno diritto di disporre dei profitti che egli realizza in virtù dell'esercizio della propria attività professionale.

Per poter comprendere come l'imprenditore possa esercitare questo suo diritto, possiamo, nel silenzio delle disposizioni dello statuto, appellarci a quanto previsto nel

---

89 Diritto ai profitti.

90 «*Seuls les bénéfices réalisés à la date de clôture d'un exercice peuvent être inscrits dans les comptes annuels. Peut être inscrit, après inventaire, le bénéfice réalisé sur une opération partiellement exécutée et acceptée par le cocontractant lorsque sa réalisation est certaine et qu'il est possible, au moyen de documents comptables prévisionnels, d'évaluer avec une sécurité suffisante le bénéfice global de l'opération*».

diritto societario, poiché il regime giuridico ivi stabilito è quello del diritto ai ricavi tout court. Così come l'associato unico dell'EURL, l'EIRL è libero di distribuire i guadagni derivati dal patrimonio separato o di accumularmi. Per distribuirli, però, deve determinare quali e quanti passeranno dal patrimonio professionale a quello personale; non essendoci un obbligo di costituzione di una riserva legale o statutaria, questi benefici corrispondono alla differenza fra gli attivi e i passivi prodotti dal patrimonio, dopo l'eventuale estinzione delle perdite risalenti a esercizi passati. Quanto alla distribuzione, è rimesso tutto all'imprenditore, che deciderà sia sull'opportunità di procedere a questa operazione, sia sull'entità di essa. Infine, poiché l'articolo L. 233-11, comma 3, del Code de Commerce interdice la distribuzione di dividendi quando il capitale sociale netto è diventato o diventerebbe inferiore alla somma del capitale iniziale e delle riserve non distribuibili, l'EIRL non potrà riversare nel patrimonio personale i profitti dell'attività se il patrimonio separato netto fosse suscettibile di diventare inferiore al valore della separazione iniziale, altrimenti si avrebbe un'operazione di segno opposto alla separazione, condotta però per vie traverse. In caso di condotte che, se tenute dal socio unico, configurerebbero il delitto di ripartizione di dividendi fittizi, perché è avvenuta una distribuzione di guadagni non realizzati o comunque non disponibili, si deve optare per l'inapplicabilità all'EIRL. La ragione di questa scelta sta nel fatto che il delitto è un reato proprio del "*présidente, degli amministratori o dei direttori generali di una società anonima*", inoltre è un reato relativo al diritto societario. Tuttavia, in assenza di protezione penale, i creditori del patrimonio separato possono comunque utilizzare *l'actio pauliana* per porre nel nulla un versamento di profitti fatto in frode ai loro diritti ovvero agire per far valere la responsabilità dell'imprenditore sulla totalità dei beni e diritti in caso di frode.

Compresa l'esistenza e l'estensione di questo diritto ai profitti prodotti dal patrimonio separato, si deve ora passare all'altro diritto di cui, ai sensi della legge, è titolare l'EIRL: il diritto al reddito prodotto dal patrimonio separato. È stabilito, invero, che l'imprenditore determina i redditi che verserà nel suo patrimonio personale. Questo diritto appare essere una peculiarità dello statuto introdotto con la legge del 15 giugno 2010, perché la sua esistenza non è nota né al diritto commerciale, né tantomeno a quello societario. Va però detto che il legislatore, pur avendolo previsto, non si è soffermato sul suo inquadramento.

Nascono, perciò, dei problemi a causa dell'assenza di una disciplina su questi prelievi, in particolare avendo a riguardo i rapporti con il diritto ai profitti dell'attività. I redditi indicati dall'articolo L. 526-18 del Code de Commerce possono essere accumulati al regime della remunerazione del gestore dell'EURL, venendo così ad essere descritti per analogia come la retribuzione per l'amministrazione del patrimonio separato. Accettando questa definizione, si può applicare a questi redditi il regime previsto per l'EURL, che è identico a quanto previsto in materia di SARL. In principio, la remunerazione dell'amministratore è determinata per mezzo dello statuto o grazie ad un voto assembleare. In materia di EURL, invece, l'amministratore si trova a stabilire la sua retribuzione mensile, dunque, l'imprenditore individuale può determinare i redditi mensili o può inserirne l'individuazione nella dichiarazione di separazione. Queste due soluzioni rendono difficile il controllo sull'abuso di questo regime da parte dell'EURL, ed è possibile rinvenire solo due sanzioni per comportamenti del genere. Da un lato i creditori potranno fare ricorso all'azione revocatoria, nel caso in cui vi sia stata percezione di una remunerazione in frode ai loro diritti. Dall'altro lato, se è stata avviata una procedura collettiva, l'imprenditore può incorrere nella sanzione del fallimento personale perché ha dissimulato o distratto tutto o parte dei suoi attivi, ovvero ha fraudolentemente accresciuto le sue passività. Rimane ora da analizzare il rapporto che si crea dalla sussistenza in capo allo stesso soggetto dei due diritti finora analizzati.

La difficoltà di questa analisi non sorge quando si procede allo studio del funzionamento dell'impresa *in bonis*, che non naviga, cioè, in cattive acque: laddove, infatti, non ricorra il caso di impresa in difficoltà, non esiste nessuna disposizione legale circa il coordinamento del diritto ai profitti con quello ai redditi.

I profitti sono percepiti a titolo di partecipazione all'attività professionale, laddove i redditi sono percepiti a titolo di amministrazione del patrimonio. Così dicendo, se l'EURL conferisse la gestione del suo patrimonio a un mandatario, il primo manterrebbe il diritto ai guadagni derivati dall'attività svolta, il secondo, al contrario, percepirebbe la retribuzione per la sua funzione. Dunque, se l'amministratore è l'imprenditore stesso, si arriva facilmente a sostenere che si riversano in capo al medesimo soggetto i due diritti. Il problema di questo cumulo non può che essere l'abuso di diritto, a cui consegue la possibilità per i creditori di esperire un'*actio pauliana*.

Se il patrimonio si trova sottomesso ad una procedura prevista per le imprese in difficoltà i problemi saranno minori. Conservando il diritto di gestione, l'EIRL potrà riversare i profitti nel suo patrimonio personale. Ciononostante, tale auto-distribuzione si rivelerebbe controproducente, esponendolo alla responsabilità per insufficienza di attivi, ex articolo L. 651-2 del Code de Commerce. Prestando attenzione al diritto ai redditi, al momento dell'apertura di una procedura di salvaguardia, l'imprenditore, conservando, come detto, il potere di gestione, potrà continuare a versarsi una retribuzione. Di contro, in caso di una procedura di raddrizzamento o di liquidazione giudiziaria, è il giudice-commissario che è incaricato di fissare la remunerazione per le differenti funzioni esercitate dall'imprenditore. Questa remunerazione, che non è fissata di diritto, potrebbe essere ridotta anche ai soli sussidi per il mantenimento personale e della famiglia.

Le riflessioni contenute in questo sottoparagrafo, riguardanti alcuni aspetti del funzionamento dell'impresa introdotti con lo statuto dell'EIRL, ci fanno capire che le incertezze sui corrispettivi derivati dalla separazione, della cui analisi ci siamo occupati, permangono, poiché, durante il funzionamento del patrimonio separato, i profitti e i redditi che transitano dal patrimonio professionale a quello personale non sono delle vere e proprie contropartite per la creazione di un vincolo di destinazione su determinati beni. Questi due diritti, infatti, non discendono direttamente dal patrimonio separato in quanto sono frutto dell'esercizio dell'attività professionale per cui è stato costituito o per la funzione di amministratore che il titolare riveste.

## CAPITOLO II

### *LE MODALITÀ DI GESTIONE DEL PATRIMONIO SEPARATO*

Si è già iniziato a vedere, concludendo il I capitolo, come l'EIRL, nel momento della gestione del patrimonio separato possa godere di due diritti distinti, il diritto ai guadagni del patrimonio separato e il diritto alla retribuzione per la gestione dello stesso. Il legislatore, con la sua scelta di non definire totalmente il regime giuridico dell'EIRL, lascia deliberatamente in sospeso la questione relativa alla gestione del patrimonio separato, sia nei casi di peculiari vicende che ne possono interessare la vita, sia per le mutazioni che è suscettibile di subire. Anche se lo statuto dell'EIRL ha come fine primario quello di limitare la responsabilità dell'imprenditore, quest'ultimo è comunque chiamato a gestire il proprio patrimonio separato durante l'esercizio dell'attività professionale. Si tratta di gestire, in particolare, un patrimonio che non ha personalità giuridica, il che nella pratica non pone dei problemi. La personalità giuridica, infatti, non serve alla società nel momento della gestione del patrimonio. Compiuto l'atto costitutivo della società, quest'ultima esiste nell'ordinamento giuridico. È l'atto costitutivo, che potrà essere un atto unilaterale congiuntivo o individuale a seconda che la società sia pluripersonale o unipersonale, che permette di regolare i rapporti fra gli associati, la ripartizione dei poteri fra di essi, le modalità di gestione della società. Ora, quest'atto produce degli effetti fra gli associati dal momento stesso in cui è validamente compiuto. La società produce allora un effetto particolare, che obbliga gli associati a rispettare, nei rapporti interni, la sua esistenza. Sembra dunque che per essere gestita, la società non abbia bisogno di una personalità morale.

Tuttavia, una società ha la capacità di creare relazioni con i terzi, c'è quindi bisogno che essa venga da questi riconosciuta: si tratta di renderla opponibile a loro. È qui che interviene la personalità giuridica; acquisendo quest'ultima attraverso l'immatricolazione, la società diventa soggetta al diritto. Essa acquisisce una capacità giuridica ed un patrimonio corrispondente che non si confonde con quello dei soci membri. La capacità giuridica è dunque uno degli attributi della personalità morale accordati dal legislatore. Se noi analizzassimo la personalità giuridica in una prospettiva normativista, essa è accordata a tutte le società che possiedono una missione e delle

prerogative, le quali necessitano che le stesse società siano riconosciute come persone autonome affinché possano effettivamente esercitare la loro attività.

## 2.1 L'assenza di personalità giuridica, effetti sulla gestione

Applichiamo ora allo statuto dell'EIRL questa riflessione sulla rilevanza esterna della personalità giuridica, ossia sull'importanza che essa assume nel momento in cui si instaura un rapporto fra società e terzi. Il legislatore, in questo caso, ha espressamente rifiutato di riconoscere la personalità giuridica al patrimonio separato. Ma, attraverso alcune misure di pubblicità e grazie al riconoscimento di un diritto di opposizione in capo ai terzi, il patrimonio dell'imprenditore individuale non ha bisogno di un riconoscimento simile a quello che avviene nel diritto delle società. Si può sviluppare questo discorso e seguire le riflessioni fatte da una parte della dottrina<sup>91</sup>, secondo cui la personalità giuridica non è una qualità propria della persona, ma è un attributo giuridico, riconosciute dal legislatore. Il suo patrimonio, perciò, è la conseguenza immediata e necessaria della capacità giuridica. Così come affermato precedentemente<sup>92</sup>, il patrimonio generale di un individuo è composto di beni uniti insieme non dalla volontà dell'individuo, ma dall'interesse giuridico a cui sono subordinati: quello della persona, che deve far fronte alle eventuali pretese dei terzi, visto che, con la personalità, è stato riconosciuto al soggetto la possibilità di essere titolare di posizioni giuridiche. Questa visione permette di riconoscere la capacità giuridica anche ai patrimoni separati, quando destinati a speciali interessi. Essendo l'unitarietà dell'interesse in esame e non la riconducibilità ad una persona il nuovo fondamento del patrimonio, la capacità giuridica permette di creare differenze fra persone fisiche e persone giuridiche. In questo modo la personalità giuridica risulterebbe fra gli attributi riconosciuti ad una massa di beni, senza passare per la riconducibilità del patrimonio ad una persona fisica.

---

91 Si fa riferimento alle tesi del prof. GUILLAME Wicker, insegnante presso l'università Montesquieu-Bordeaux IV. Vd. G. WICKER. *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit in Mélanges Bruno Oppetit*, Paris: Litec, 2009. Per un quadro riassuntivo, vd. CAGNON Mylene, *L'EIRL et la notion de patrimoine d'affectation*, pag. 31.

92 Vd. capitolo I.

Si potrebbe spingere la riflessione sino a riconoscere al patrimonio dell'EIRL la personalità, se non fosse stato puntualmente escluso dal legislatore. In effetti, egli ha accordato una capacità giuridica al patrimonio separato ed un potere di rappresentanza in capo all'imprenditore individuale, cosicché, se non altro per la mancanza del dato formale, il patrimonio separato possiede tutti gli attributi della personalità giuridica.

L'assenza di una personalità non è uno ostacolo alla gestione del patrimonio o all'opponibilità ai terzi, il che permette di rilanciare una riflessione sull'utilità di questa nozione nel diritto positivo.

### *2.1.1 Il ricorso alla nozione della rappresentanza*

Se si applicasse la tecnica della rappresentanza, si avrebbe un'attribuzione di poteri in capo all'EIRL, il quale potrebbe esercitarli in maniera autonoma. Confrontato al diritto positivo, che è liberamente esercitabile e non prevede intralci da parte dei terzi, i poteri del rappresentante sono una prerogativa che permettono al loro titolare di compiere atti giuridici il cui effetto si produce su di un altro soggetto di diritto. Ciò permette al rappresentante di esprimere un interesse al meno parzialmente distinto dal suo stesso interesse. Diritto soggettivo e potere sembrano perciò essere distinti ed in opposizione. Tuttavia, il potere di rappresentanza è autonomo ed è la trasposizione di prerogative relative all'esercizio di un diritto soggettivo ed un potere appartenenti ad un altro soggetto. Il titolare di essi, dunque, non può che agire nell'interesse della persona rappresentata. Le conseguenze giuridiche consecutive all'esercizio di questi poteri si realizzano direttamente nella sfera giuridica di quest'ultimo.

L'esempio della rappresentanza organica è illuminante: i dirigenti non esercitano che prerogative risultanti dai diritti soggettivi accordati alla società al momento che questa ha acquisito la personalità giuridica. Non devono, dunque, agire che nell'interesse della società. Tradizionalmente, il potere della rappresentanza permette di rappresentare l'interessi altrui; l'introduzione di questo istituto nella gestione del patrimonio separato richiede, quindi, alcuni inevitabili accorgimenti, per attagliare la rappresentanza allo statuto dell'EIRL. In questo caso, l'imprenditore rappresenterebbe il suo stesso patrimonio.

A priori, dunque, non sta rappresentando una persona giuridica separata. Tuttavia, se si accoglie la tesi del Wicker, per cui è l'esistenza di un interesse comune che unifica i beni del patrimonio ad essere la base per il riconoscimento della personalità giuridica, allora l'imprenditore può rappresentare il suo patrimonio senza che si pongano problemi di compatibilità con la teoria della rappresentanza. L'imprenditore verrebbe, in particolare a rappresentare gli interessi del suo patrimonio separato, il quale possiede dei diritti soggettivi, nonostante il legislatore rifiuti il riconoscimento della personalità giuridica.

Ovviamente questo discorso si può estendere a tutti i patrimoni che godono del riconoscimento di diritti soggettivi. Persino il contratto concluso con se medesimo, a questo punto, non porrebbe più problemi. Questa pratica è da lungo tempo osteggiata e rigettata per il motivo che il contratto è un accordo di volontà diverse, cosa che non può essere espressa da una stessa persona. Tuttavia, così come bisogna distinguere fra persona fisica e persona giuridica, bisogna distinguere la volontà psicologica, che non può essere che una, dalla volontà giuridica, frutto di un interesse giuridico. Una stessa persona, quindi, può esprimere due interessi giuridici distinti, a volte anche opposti. Allora, se si considera che il patrimonio che il patrimonio separato è portatore di un interesse giuridico perché è detentore di diritti soggettivi, l'EIRL può esprimere, simultaneamente, l'interesse giuridico personale e quello giuridico professionale: il contratto sarà validamente formato. L'assenza di personalità giuridica nel caso del patrimonio separato dell'EIRL non è dunque di ostacolo alla sua gestione, né all'opponibilità ai terzi. In più, essa fa sviluppare una riflessione a tutto tondo sul concetto stesso di personalità giuridica, stimolando la ricerca di soluzioni alternative all'interno degli istituti già previsti nell'ordinamento francese, così come la possibile evoluzione della rappresentanza messa in risalto in queste pagine. Tuttavia, la gestione del patrimonio separato, richiede un'analisi più approfondita, perché il legislatore ha disciplinato esclusivamente la gestione diretta.

### 2.1.2 *La gestione diretta del patrimonio separato e il ricorso al mandato*

La gestione di un patrimonio separato da parte dell'imprenditore individuale può sembrare particolare, soprattutto perché il legislatore ha considerato solo casi in cui si

ravvisa la gestione diretta. Torna comodo ricordare le distinzioni fra la gestione dell'EIRL e quella dell'EURL, perché l'imprenditore individuale a responsabilità limitata, non possiede quei diritti che sono riconosciuti al socio unico. In particolare, mancano i diritti che permettono di partecipare alle decisioni collettive, ex art 1844, comma 1, del Codice Civile<sup>93</sup>. Questi diritti appartengono agli associati e si esplicano di solito nel diritto all'informazione, nel diritto di partecipazione all'assemblea e nel diritto di voto. Ora, l'EIRL non ha nessun diritto simile per gestire il proprio patrimonio separato. Ci si deve interrogare sulle ragioni di questa assenza. La prima idea è quella di tentare di dimostrare che l'imprenditore non può avere questi diritti perché egli è da solo. Tuttavia la risposta così data non risulta soddisfacente: l'associato unico che gestisce l'EURL è, come dice lo stesso nome, da solo a gestire il patrimonio di quella persona giuridica. Si deve dunque ricercare altrove la ragione dell'assenza. Sono diritti che appartengono esclusivamente agli associati, il che ci porta a dedurre che, come si è visto per i titoli sociali<sup>94</sup>, essi nascono esclusivamente dal contratto di società; il che spiega come né il fiduciario, né l'EIRL possano averne. Tuttavia, l'imprenditore individuale a responsabilità limitata possiede un altro diritto sul patrimonio separato che gli permette di gestirlo con la stessa efficacia: un diritto di proprietà. Essendo proprietario del patrimonio professionale, egli deve possedere su quest'ultimo poteri assoluti. Ma, in presenza della destinazione dei beni ad un interesse specifico, questo diritto di proprietà perde il suo carattere di assolutezza. La separazione è un peso che va a condizionare l'esercizio del diritto. Ciononostante, l'imprenditore potrà continuare nella gestione del suo patrimonio, nonostante quel condizionamento; egli dovrà semplicemente rispettare l'interesse del patrimonio, ossia rispettare l'oggetto dell'attività professionale, così come dichiarato all'atto della costituzione della separazione. Dunque, malgrado l'assenza di diritti che ricalcano quelli riconosciuti ai soci, il diritto di proprietà peculiare che possiede l'EIRL gli permette di gestire con efficacia il suo patrimonio. Tuttavia, questo diritto non può che essere esercitato che personalmente: il legislatore, infatti, non ha previsto un modo speciale per procedere alla delega dei poteri di gestione. In questo caso, si può ricorrere al diritto comune e, precisamente, al mandato, che rimedierà alle lacune della legge.

---

93 «*Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives*». Tutti gli associati hanno il diritto di partecipare alle decisioni collettive.

94 Cfr. I capitolo.

L'imprenditore può senza limiti ricorrere al mandato per conferire la gestione della struttura dell'EIRL ad un terzo, in conformità con quanto previsto dal diritto comune. Questo contratto può essere a titolo gratuito o oneroso<sup>95</sup>.

Nel secondo caso, il titolare del patrimonio conferirà una remunerazione al mandatario. Inoltre, salvo stipulazione contraria o salvo il caso in cui sia stato concluso nell'interesse comune del mandatario e dell'imprenditore, il mandato prevede la possibilità di revoca *ad nutum*<sup>96</sup>. Durante la vita del patrimonio separato, il mandatario sarà responsabile della sua gestione e, nel caso di fallimento del mandante o del mandatario, il mandato sarà revocato<sup>97</sup>. Il ricorso al diritto comune permette dunque di organizzare una gestione delegata del patrimonio separato. L'assenza di un mandato di gestione all'interno della struttura dell'EIRL non penalizza lo statuto nei confronti dell'EURL. Tuttavia, il legislatore avrebbe dovuto prevedere delle regole adatte alla situazione perché conferire la gestione ad un mandatario potrebbe permettere all'imprenditore individuale a responsabilità limitata di esonerarsi da una parte delle sue responsabilità, quelle derivanti dai fatti della gestione, visto che il mandatario risponde dei suoi atti con il patrimonio personale. Inoltre, il ricorso al mandato potrebbe comportare difficoltà a proposito del diritto ai redditi prodotti dal patrimonio separato, che l'imprenditore può riversare nel suo patrimonio personale, così come previsto dall'articolo L. 526-18 del Codice Civile<sup>98</sup>. Se si considera che questi redditi sono la remunerazione per la gestione del patrimonio separato da parte dell'imprenditore, allora questo diritto non dovrà più essere esercitato se la gestione viene delegata. Il legislatore ha ommesso di disciplinare questo argomento.

---

95 V. articolo 1986 del Codice Civile: «*Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire*». Il mandato è gratuito salvo accordo contrario. Il diritto civile francese prevede dunque la regola opposta a quella del nostro ordinamento, che invece presuppone il mandato come contratto oneroso. Le radici di questa differenza sono da ricercare nel fatto che nel diritto romano il mandato era gratuito.

96 V. articolo 2004 del Codice Civile: «*Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minutes*». Il mandante può revocare la sua procura quando lo desidera e costringere, se ciò ha luogo, il mandatario a rimettere sia l'atto che la contiene.

97 V. articolo 2003 del Codice Civile: «*Le mandat finit: Par la révocation du mandataire, Par la renonciation de celui-ci au mandat, Par la mort, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire*». Il mandato finisce per revocazione del mandatario, per rinuncia di questi, per morte, incapacità o fallimento sia del mandante che del mandatario.

98 Per il testo e la traduzione dell'articolo L. 526-18 del Codice civile, vds. I capitolo.

L'imprenditore potrà dunque continuare a versarsi i redditi malgrado il fatto che egli remunererà il proprio mandatario senza che questo possa essere sanzionato. La sola sanzione immaginabile è la responsabilità dell'imprenditore per l'insufficienza degli atti, ma quest'ultima interverrà esclusivamente nel caso di apertura di una procedura di raddrizzamento o di liquidazione giudiziaria.

L'assenza di personalità morale e quella di mandato di gestione all'interno della struttura dell'EIRL non sono di ostacolo alla buona gestione del patrimonio separato. Tuttavia in termini di gestione, va detto, che questa novella non apporta niente di più di quanto poteva già essere ottenuto attraverso il ricorso all'EURL. Non vi sono, infatti, dei vantaggi particolari per l'imprenditore individuale a responsabilità limitata-

### *2.1.3 Particolari formalità richieste durante la gestione del patrimonio separato*

L'imprenditore individuale, nel corso dell'esercizio della sua attività professionale, è soggetto al rispetto di determinate formalità, impostegli dalla legge del 15 juin 2010. In particolare, l'EIRL, per poter esercitare, deve necessariamente utilizzare una denominazione contenente il proprio nome e cognome, seguito o preceduto da "imprenditore individuale a responsabilità limitata" o semplicemente EIRL, in conformità con quanto disposto dall'articolo L. 526-6, comma 4, del Code de Commerce<sup>99</sup>. Quest'obbligo è imperativo, e non lascia spazio ad altre interpretazione. Si deve ricordare la distinzione, propria del diritto societario, fra la ragione sociale e la denominazione sociale. La prima comprende necessariamente il nome degli associati, la seconda invece può essere un nome di fantasia. La denominazione EIRL, in particolare, corrisponde alla ragione sociale delle società. La funzione informativa di questa menzione è ampliata dalla sua ripetizione obbligatoria in ogni documento professionale.

I problemi maggiori, in questo caso, nascono dal rapporto che si viene a creare fra la denominazione prevista dalla novella del 2010 e quegli altri segni distintivi che non sono esclusi nel caso di patrimonio separato: il marchio, il nome commerciale o l'insegna.

---

<sup>99</sup> «Pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, l'entrepreneur individuel utilise une dénomination incorporant son nom, précédé ou suivi immédiatement des mots: "Entrepreneur individuel à responsabilité limitée" ou des initiales: "EIRL"».

L'imprenditore è inoltre soggetto all'obbligo della tenuta di una contabilità, abbastanza alleggerita, che egli è tenuto a depositare ogni anno. Essa comprende i suoi conti annuali e deve essere fatta presso lo stesso registro in cui è stata effettuata la dichiarazione di separazione del patrimonio<sup>100</sup>. Quest'obbligo riflette quello dell'articolo L. 232-21 del Code de Commerce<sup>101</sup>, che riguarda le società commerciali e le SNC in cui tutti gli associati siano delle SARL. Per le società commerciali la trasparenza è corollario della responsabilità limitata mentre, per l'imprenditore individuale, non tenuto a pubblicizzare i propri guadagni, si era sempre preferito riconoscere la possibilità di tenere segreto il suo patrimonio. È una scelta di campo che coinvolge il rispetto della vita privata del consociato. L'EIRL, invece, è più vicino alle società di capitali. Questa trasparenza permette al tribunale di commercio di disporre di una informativa complementare, molto utile nel caso in cui si debbano avviare procedure collettive.

## 2.2 L'evoluzione del patrimonio separato

Durante il corso della propria vita, il patrimonio separato è soggetto a numerose evoluzioni. Alcune mutazioni sono suscettibili di influenzare gli attivi del patrimonio separato, se non addirittura di riguardarlo completamente.

---

100. V. articolo L. 526-14, comma 1, del Code de Commerce: «*Le bilan de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ou, le cas échéant, le ou les documents résultant des obligations comptables simplifiées prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-13 sont déposés chaque année au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-7 pour y être annexés. Ils sont transmis, pour y être annexés, au registre prévu au 3° de l'article L. 526-7 lorsque le dépôt de la déclaration est effectué au répertoire des métiers dans le cas prévu au 1° du même article, et, s'il y a lieu, au registre du commerce et des sociétés dans le cas prévu au 2° du même article. A compter de leur dépôt, ils valent actualisation de la composition du patrimoine affectés.* Il bilancio dell'EIRL, o i documenti risultanti dalle obbligazioni contabili semplificati previsti dall'articolo L. 526-13, sono depositati ogni anno al registro dove è stata effettuata la dichiarazione di separazione. L'articolo poi disciplina casi specifici, in funzione dell'attività svolta dall'EIRL.

101 V. articolo L. 526-14, comma 1, del Code de Commerce: «*Les sociétés en nom collectif dont tous les associés indéfiniment responsables sont des sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés par actions sont tenues de déposer au greffe du tribunal, pour être annexés au registre du commerce et des sociétés, dans le mois suivant l'approbation des comptes annuels par l'assemblée ordinaire des associés ou dans les deux mois suivant cette approbation lorsque ce dépôt est effectué par voie électronique: 1° Les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes consolidés, le rapport sur la gestion du groupe, les rapports des commissaires aux comptes sur les comptes annuels et les comptes consolidés, éventuellement complétés de leurs observations sur les modifications apportées par l'assemblée qui leur ont été soumis; 2° La proposition d'affectation du résultat soumis à l'assemblée et la résolution d'affectation votée ou la décision d'affectation prise.* Le SNC in cui tutti gli associati sono SARL o SPA sono tenute a depositare le loro contabilità e la proporzione di ripartizione dei risultati.

Questa soggezione a cambiamenti accomuna il patrimonio dell'EIRL alle società, anche in questo caso, infatti, il patrimonio tende ad essere aumentato o ridotto e gli associato possono cambiare durante la vita della società. Pertanto, se il legislatore ha previsto delle regole speciali per queste situazioni societarie, non ha fatto lo stesso con il patrimonio separato.

### 2.2.1 Mutamenti di estensione del patrimonio separato

Gli attivi del patrimonio possono mutare per due maniere differenti. Da un lato l'imprenditore individuale può modificare la sua dichiarazione di separazione, dall'altro egli può alienare una parte degli attivi del suo patrimonio, facendo sì che quei beni fuoriescano definitivamente dai patrimoni del soggetto. La separazione di nuovi attivi può essere realizzata dall'imprenditore individuale o anche da un terzo, nel caso di un patrimonio separato indiviso. La separazione di ulteriori attivi compiuta dall'EIRL è stata espressamente regolata dal legislatore. L'imprenditore è obbligato ad effettuare una dichiarazione complementare per tutti i casi in cui desideri destinare all'attività professionali un bene immobile, un bene mobile di valore superiore ai 30mila euro così come nel caso di un bene comune o indiviso<sup>102</sup>.

---

102 I casi sono regolati dagli articoli L. 526-9 («*L'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien est reçue par acte notarié et publiée au bureau des hypothèques ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au livre foncier de la situation du bien. L'entrepreneur individuel qui n'affecte qu'une partie d'un ou de plusieurs biens immobiliers désigne celle-ci dans un état descriptif de division. L'établissement de l'acte notarié et l'accomplissement des formalités de publicité donnent lieu au versement d'émoluments fixes dans le cadre d'un plafond déterminé par décret. Lorsque l'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien est postérieure à la constitution du patrimoine affecté, elle donne lieu au dépôt d'une déclaration complémentaire au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-7. L'article L. 526-8 est applicable, à l'exception des 1° et 2°. Le non-respect des règles prévues au présent article entraîne l'inopposabilité de l'affectation*») e L. 526-10 del Codice Civile («*Tout élément d'actif du patrimoine affecté, autre que des liquidités, d'une valeur déclarée supérieure à un montant fixé par décret fait l'objet d'une évaluation au vu d'un rapport annexé à la déclaration et établi sous sa responsabilité par un commissaire aux comptes, un expert-comptable, une association de gestion et de comptabilité ou un notaire désigné par l'entrepreneur individuel. L'évaluation par un notaire ne peut concerner qu'un bien immobilier. Lorsque l'affectation d'un bien visé au premier alinéa est postérieure à la constitution du patrimoine affecté, elle fait l'objet d'une évaluation dans les mêmes formes et donne lieu au dépôt d'une déclaration complémentaire au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-7. L'article L. 526-8 est applicable, à l'exception des 1° et 2°. Lorsque la valeur déclarée est supérieure à celle proposée par le commissaire aux comptes, l'expert-comptable, l'association de gestion et de comptabilité ou le notaire, l'entrepreneur individuel est responsable, pendant une durée de cinq ans, à l'égard des tiers sur la totalité de son patrimoine, affecté et non affecté, à hauteur de la différence entre la valeur proposée par le commissaire aux comptes, l'expert-comptable, l'association de gestion et de comptabilité ou le notaire et la valeur déclarée. En l'absence de recours à un commissaire aux comptes, à un expert-comptable, à une association de gestion et de comptabilité ou à un notaire, l'entrepreneur individuel est responsable,*

Tuttavia, il legislatore non ha poste delle regole generali in materia di obbligo di dichiarazione complementari nel caso di una nuova separazione.

È lecito domandarsi, allora, se l'imprenditore dovrà effettuare una nuova dichiarazione nel caso in cui si voglia separare altri beni che non siano fra quelli detti prima. Secondo alcuni, qualsiasi forma di separazione ulteriore richiede una nuova dichiarazione complementare, ed è più conforme al principio di tutela della buona fede dei creditori aderire a questa tesi. In effetti, l'imprenditore individuale è costretto a separare i beni necessari alla sua attività: per rendere opponibile questa nuova separazione ai creditori non può che ricorrere alla dichiarazione formale. Diversamente, per i beni utili acquisiti successivamente alla creazione del patrimonio separato, non si ravvedono le stesse esigenze, non essendoci l'obbligo di destinazione a favore dell'attività imprenditoriale. Allorquando si risolve per destinarli, però, l'opponibilità sarà subordinata, come per i beni necessari, agli obblighi di pubblicità imposti in tema di dichiarazione. Da ultimo, si pone una questione: la nuova dichiarazione sarà necessaria nel caso in cui avvenga un rimpiazzo del bene separato per mezzo di un altro? Si tratta di comprendere il meccanismo della surrogazione reale<sup>103</sup> ed i suoi effetti nelle meccaniche dell'EIRL. Se si considera che il patrimonio separato è un'universalità giuridica, si capisce che la surrogazione reale potrà essere messa in pratica. Ma, il meccanismo della dichiarazione complementare, a oggi richiesto solo per determinati beni, sembra opporsi a ciò perché consente di controllare i movimenti degli *asset* del patrimonio, anche se ci sono pareri discordi in dottrina. Se si ammettesse ciò, si dovrebbe inoltre considerare che il meccanismo della surrogazione garantisce che il valore del bene non muti a seguito del rimpiazzo, il che, teoricamente, non dovrebbe dare luogo ad un'ulteriore dichiarazione.

Per quanto riguarda le formalità, regolate dagli articoli L. 526-9 e L. 526-10 del Code de Commerce, va specificato che la separazione di un bene immobile o di una parte di questo bene deve essere effettuata attraverso il ricorso all'atto notarile, successivamente si

---

*pendant une durée de cinq ans, à l'égard des tiers sur la totalité de son patrimoine, affecté et non affecté, à hauteur de la différence entre la valeur réelle du bien au moment de l'affectation et la valeur déclarée*). Per la traduzione si rinvia a quanto spiegato nel corpo del testo.

103 G. CORNU. *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris. «*Subrogation réelle: définit la subrogation réelle comme la fiction de droit par laquelle (dans une universalité) un bien en remplace un autre en lui empruntant ses qualités*». Si surrogazione reale come la *fiction iuris* con cui (all'interno di una universalità) un bene è rimpiazzato da un altro, che assume le qualità del primo.

deve procedere alla sua pubblicazione sul registro delle ipoteche. Nel caso, poi, in cui si proceda alla separazione di una sola parte dell'edificio, l'imprenditore è tenuto a compilare una descrizione planimetrica di quanto separato. Allorquando la separazione di un bene immobiliare o di una parte di esse è, invece, è posteriore alla dichiarazione di costituzione del patrimonio separato, essa dà luogo al deposito di una dichiarazione complementare a quella effettuata ai sensi dell'articolo L. 526-7. L'articolo L. 526-8 è applicabile, non sono però previste le conseguenze indicate ai numeri 1 e 2 del comma 1. Si tratta, in particolare, della necessità di allegare lo stato descrittivo dei beni, con indicazione della quantità e valore, e della menzione dell'oggetto dell'attività professionale esercitata. Questi dati, ovviamente, non servono ai fini di una dichiarazione che sarà complementare a quella costitutiva. Si ricordi che non si deve indicare il valore e la quantità dei beni immobiliari separati successivamente, perché tali dati saranno contenuti nell'atto notarile o della planimetria richiesti al comma 1 dell'articolo L. 526-9. Il non rispetto di queste regole comporta la non opponibilità ai terzi della separazione successiva. Per gli elementi di attivo del patrimonio separato, aventi valore superiore a 30mila euro, la dichiarazione di separazione successiva deve essere fatta ex comma 2 dell'articolo L. 526-10 del Code de Commerce, nelle stesse di quella che crea il patrimonio imprenditoriale, contemplata al comma 1 dello stesso articolo. Anche in questo caso, l'EIRL è tenuto a rispettare le previsioni dell'articolo L. 526-8 del medesimo codice, fatto salvo l'indicazione dei dati richiesti dal comma 1 e dal comma 2. La dichiarazione del comma 1, in questo caso, non è richiesta perché la procedura per la separazione di un bene avente valore superiore ai 30mila euro richiede la stima da parte di uno dei professionisti indicati nel testo di legge. Il legislatore non ha, purtroppo, regolato la situazione di un patrimonio separato frutto di una comunione fra due o più soggetti. La legge infatti si rivolge esclusivamente all'EIRL, ma ciò non esclude che si possa avere un caso di cogestione dell'attività professionale. Per questo, due imprenditori individuali potranno ricorrere allo statuto contenuto nella legge del 15 juin 2010 e creare un patrimonio separato, il cui regime dovrà essere rapportato alle prescrizioni derivanti dal diritto comune o dal loro accordo negoziale in materia di comunione. Il tutto nel rispetto di quanto previsto dall'articolo L. 526-6 del Code de Commerce.

D'altronde, il diritto testamentario sembra essere orientato in questa direzione.

Se un EIRL dovesse decedere, prima della suddivisione del patrimonio, i suoi eredi sono in regime di comunione, anche per quanto riguarda il patrimonio separato. Al fine di optare per la ripresa del patrimonio fra di loro, essi devono rispettare le regole della comunione ereditaria. Ecco, perciò, la prova che la comunione può costituire un valido modo di gestione del patrimonio separato dell'EIRL. Autorizzare questa possibilità permette all'imprenditore di sviluppare la sua impresa, favorendo la raccolta di capitali attraverso il coinvolgimento di più soggetti. Se non fosse possibile ciò, lo statuto dell'EIRL sarebbe inadeguato ai grandi slanci imprenditoriali e sarebbe per sempre ancorato a piccole realtà, una struttura, insomma, riservata alle piccole imprese che non hanno prospettive di evoluzioni nel campo societario. Lo studio della separazione di attivi ulteriori permette di concludere che il ricorso al patrimonio separato non è propriamente meno adatto della società a permettere l'estensione economica ed il rafforzamento dell'attività imprenditoriale.

Questo successo è però molto legato alle risposte che negli anni darà la giurisprudenza, su quei dubbi che abbiamo riportato e che per ora sono soltanto il campo di scontro fra teorici del diritto.

Così come manca la disciplina del patrimonio separato frutto di una comunione fra più imprenditori, mancano anche le norme che vanno a regolare l'ipotesi di un trasferimento di attivi dal patrimonio separato al patrimonio generale, insomma, di una contro-destinazione<sup>104</sup>. Nel silenzio della legge, questa pratica è da considerarsi ammessa. D'altronde, l'interpretazione *a contrario* dell'articolo L. 632-1, I, comma 1 del Code de Commerce<sup>105</sup> sembrerebbe confermare questa tesi. L'articolo, infatti, interdice la contro-destinazione nel corso di una procedura collettiva, di conseguenza, fuori da questa situazione, niente dovrebbe interferire.

Un operazione del genere, inoltre, è particolarmente utile per l'EIRL che potrà così

---

104 La dottrina francese ha coniato un termine che calza a pennello, *desaffectation*. Purtroppo, volendo renderlo in italiano, questo lemma perde tutta la sua capacità espressiva.

105 «I. - Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivant: [...] 11° Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, toute affectation ou modification dans l'affectation d'un bien, sous réserve du versement des revenus mentionnés à l'article L. 526-18, dont il est résulté un appauvrissement du patrimoine visé par la procédure au bénéfice d'un autre patrimoine de cet entrepreneur». Sono nulle, dal momento che intervengono successivamente alla cessazione dei pagamenti, gli atti seguenti: [...] 11° se l'imprenditore è un EIRL, tutte le separazioni o modificazioni della separazioni di un bene, sotto riserva di versamento delle retribuzioni menzionate dall'articolo L. 526-18, le quali comportano un impoverimento del patrimonio coinvolto della procedura per il beneficio di un altro patrimonio dell'imprenditore.

modulare l'estensione del proprio patrimonio secondo i bisogni di accesso al credito. La separazione diventa, così dicendo, un'operazione reversibile per principio, poiché la volontà dell'imprenditore fa e disfa. Resta, però, da comprendere quale sia il regime giuridico che disciplina la contro-destinazione e quali siano le garanzie che proteggono il creditore del patrimonio separato. La legge, dicevamo, è muta, tuttavia si può dedurre dall'obbligo di separazione dei beni necessari, che l'imprenditore sarà impossibilitato a contro-destinarli, pena la configurazione di una mancanza alle regole della separazione sanzionata con la ricostituzione della garanzia generale sulla totalità del patrimonio.

I beni utili, invece, sono individuati dalla volontà dell'imprenditore, il quale ben può procedere ad un'operazione di segno inverso. Il problema maggiore, non si pone in materia di possibilità per il soggetto di operare separazioni e rivedere la propria scelta in un momento, ma, in particolare, avendo riguardo alla situazione dei creditori, a cui non è riconosciuta alcuna forma di opposizione per protezione delle loro garanzie patrimoniali<sup>106</sup>.

Tuttavia, questi ultimi possono sicuramente esperire l'azione pauliana, ottenendo così gli stessi effetti di un'opposizione alla contro-destinazione. Possono, inoltre, far valere la responsabilità del creditore per insufficienza di attivi nel caso di apertura di una procedura collettiva. Ancora una volta, i loro diritti sono protetti dal diritto comune e non dal diritto speciale, portato dalla novella del 2010.

### 2.2.2 *L'alienazione dei beni del patrimonio*

L'alienazione degli *asset* del patrimonio separato, che consente loro di uscire definitivamente dalla sfera giuridica dell'imprenditore individuale a responsabilità limitata, non ha trovato una disciplina specifica in sede di redazione dello statuto dell'EIRL. Si deve, per questo motivo, operare secondo i principi su cui si regge l'intera architettura del patrimonio separato, distinguendo il caso del bene utile da quello del bene necessario al proseguimento dell'attività professionale condotta dall'alienante. Anche nel caso dell'alienazione, così come nel caso della contro-destinazione, l'assenza di una disciplina si

---

<sup>106</sup> In questo caso si crea una differenza con il diritto societario, che invece prevede delle procedure per inquadrare la riduzione del capitale in materia di società e pone anche un principio di intangibilità del capitale.

risolve, come vedremo, in una grave carenza di protezione per i creditori professionali, che possono subire il bello e il cattivo tempo dell'imprenditore.

Malgrado l'assenza di previsioni legali, la natura del patrimonio separato e le regole della separazione possono permettere di affermare, in principio, l'impossibilità di alienazioni aventi a oggetto beni necessari. Il patrimonio separato, infatti, si regge sull'obbligatorietà della destinazione dei beni necessari, che costituiscono la garanzia minima per i creditori dell'EIRL. Invece, risulta possibile parlare di alienazione di beni utili all'attività imprenditoriale.

In effetti, l'articolo L. 526-6 del Code de Commerce<sup>107</sup> non conferisce alcun potere alla volontà dell'imprenditore per la separazione dei beni necessari. Perciò, se egli procede alla loro alienazione, sia a titolo oneroso che a titolo gratuito, commette una mancanza grave delle regole della separazione, sanzionata con la ricostituzione del diritto generale dei creditori su tutto il patrimonio. Tuttavia, esistono due eccezioni a questa regola. Il primo caso è quello in cui l'imprenditore deve procedere ad un rinnovamento del bene necessario, ciò può essere richiesto proprio per non diminuire le garanzie dei creditori, altrimenti danneggiati dalla perdita di valore del bene da sostituire. In questo caso, il bene sostitutivo avrà lo stesso valore del bene sostituito, questo per non commettere frode ai danni dei creditori. L'altro caso è quello del mutamento dell'attività professionale. L'articolo L. 528-8, n. 2, comma 1, del Code de Commerce<sup>108</sup> prevede che la modifica dell'oggetto dell'attività professionale debba essere menzionata sul registro della dichiarazione di costituzione del patrimonio separato. A seguito di questa modifica, certi beni necessari potrebbero diventare utili o addirittura inutili ai fini dell'attività imprenditoriale; si potrà procedere alla loro alienazione.

La volontà dell'imprenditore ha, invece, il poter di separare i beni utili, per questo motivo la contro-destinazione di questi è possibile. Nel caso di alienazione a titolo oneroso, bisogna comprendere in che patrimonio entreranno gli utili derivati dalla vendita.

---

107 V. I capitolo.

108 «2° *La mention de l'objet de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté. La modification de l'objet donne lieu à mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 527-7*». La menzione dell'oggetto dell'attività professionale alla quale il patrimonio è destinata. La modifica dell'oggetto dà luogo ad una menzione sul registro nel quale è stata depositata la dichiarazione costitutiva.

Se questi sono inseriti nel patrimonio separato, si può applicare la surrogazione reale. Il valore della garanzia dei creditori risulta immutato, non c'è dunque bisogno di misure di pubblicità per rendere loro nota questa operazioni. Per contro, se il guadagno derivato dall'alienazione a titolo oneroso va ad integrare il patrimonio personale, si assiste ad una contro-destinazione indiretta, perché l'imprenditore attua una riduzione del capitale del patrimonio professionale. Non sarà diverso il caso dell'alienazione a titolo gratuito che porta il bene dal patrimonio separato a quello personale. Nel caso di un'alienazione a titolo gratuito nei confronti di un terzo, invece, il bene esce dalla sfera giuridica dell'EIRL e, di conseguenza, questa attività deve essere autorizzata, altrimenti si configurerebbe una frode ai danni dei creditori del patrimonio separato.

In questo caso si ravvede una maggiore esposizione dei creditori al rischio di riduzione delle loro garanzie; se per difficoltà finanziarie l'imprenditore è dichiarato responsabile per insufficienza di attivi, i diritto dei creditori del patrimonio separato sul patrimonio personale sarà minore rispetto al caso in cui il bene ha integrato il secondo patrimonio.

Per quanto riguarda la protezione dei creditori nel caso di alienazione, si deve, come detto sopra, sottolineare il completo disinteresse del legislatore. Se il bene da alienare è comune o indiviso, l'imprenditore deve rispettare le regole imposte per la comunione o quanto risulta dal suo regime matrimoniale al fine di realizzare questa operazione.

In effetti, l'accordo del congiunto o del comproprietario alla separazione non esclude l'applicazione successiva delle regole di diritto comune. Ad esempio, se l'alloggio familiare è stato inserito nel patrimonio separato, la sua alienazione è possibili solo con l'accordo espresso dei due coniugi, ex articolo 215 del Codice Civile<sup>109</sup>. Tuttavia, questa regola si limita a proteggere unicamente le persone che hanno donato il loro consenso alla separazione, non i creditori professionali.

---

109 *«Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord. Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous»*. Il comma 3, particolarmente, prevede che gli sposi non possano disporre dei diritti assicurati sulla casa di famiglia, o sui mobili domestici di cui esso è fornito, senza l'accordo di entrambi. Chi non ha dato il consenso all'atto può domandarne l'annullamento.

Quest'ultimi, vantano solo una protezione *post factum* attraverso l'istituto della frode, l'azione pauliana e l'insufficienza di attivi. Questa mancanza è una grave lacuna dello statuto, ad oggi privo sia di un meccanismo di pubblicità che prevede una dichiarazione sulla falsa riga di quella con cui si dà vita al patrimonio separato, sia di un valido sistema che garantisce il diritto di opposizione al creditore per un atto unilaterale dell'EIRL.

### 2.3 La trasmissione del patrimonio mediante atti *inter vivos*

L'impresa individuale ha trovato nel patrimonio separato un'istituzione giuridica che rende possibile la trasmissione attraverso una singola operazione, senza passare per la costituzione di società, che sono titolari di personalità giuridica.

In questa maniera l'impresa individuale si stacca dall'individuo che la gestisce e può andare incontro ad un'evoluzione indipendente dalle vicende di questi. Senza ricorrere al patrimonio separato o, al più, al diritto delle società, l'imprenditore individuale, che desidera trasmettere la sua attività professionale, è soggetto alle regole della teoria classica del patrimonio. Quest'ultimo è pensato come un'universalità di diritto inalienabile ed indivisibile<sup>110</sup> e il trasferimento deve avvenire con gli strumenti del fondo di commercio, della clientela civile o dell'immobile *d'exploitation*. Inoltre, una volta compiuti questi atti, non vi è trasferimento dei diritti personali: le obbligazioni contratte dall'imprenditore in occasione dello svolgimento della sua attività rimangono attaccate a lui.

Va però detto che comunque i commercianti e gli artigiani usufruiscono di un regime di favore a loro specifico, che riguarda il trasferimento di determinati contratti con quello del loro fondo<sup>111</sup>.

---

110 Il pensiero è quello dei professori AUBRY e RAU, già esposto nel I capitolo.

111 Uno per tutti, si guardi in merito a quanto affermato, la disciplina del *bail commercial* che è il contratto di affitto a fini commerciali. La cessione in concomitanza con quella del fondo di commercio o del fondo imprenditoriale, è regolata dall'articolo L. 145-16 del Codice del Commercio, che stabilisce: «*Sont également nulles, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent chapitre à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise. En cas de fusion de sociétés ou d'apport d'une partie de l'actif d'une société réalisé dans les conditions prévues à l'article L. 236-22 la société issue de la fusion ou la société bénéficiaire de l'apport est, nonobstant toute stipulation contraire, substituée à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations découlant de ce bail. En cas de cession, de fusion ou d'apport, si l'obligation de garantie ne peut plus être assurée dans les termes de la convention, le tribunal peut y substituer toutes garanties qu'il juge suffisantes*». Risultano perciò nulle le convenzioni che mirano a limitare la possibilità del locatario di cedere il suo diritto all'acquirente del fondo.

Ma questa è un'eccezione alla regola generale, che quindi non copre la totalità dei contratti stipulati per i bisogni dell'impresa individuale. L'istituzione del patrimonio separato affranca l'imprenditore individuale dell'obbligo di ricorrere al diritto delle società per trasferire la propria impresa in un'operazione unica e globale, che comprende così sia l'attivo che il passivo dell'attività esercitata. Per questa ragione si aprono nuove prospettive perché la trasmissione del patrimonio separato potrà valorizzare la vendita, la cessione o il conferimento dell'impresa individuale.

Va ben compreso, innanzitutto, che la trasmissione universale del patrimonio separato avrà conseguenze differenti a seconda che essa sia effettuata a favore di una persona fisica o di una persona giuridica. Se la trasmissione è fatta nei confronti della prima, la separazione patrimoniale viene mantenuta, invece, quando essa è fatta nei confronti di società, la separazione viene meno. Questa soluzione, rintracciabile dal dato dell'articolo L. 526-17 del Codice del Commercio, sembra la più logica perché la creazione del patrimonio separato è limitata alle sole persone fisiche. In più, il patrimonio societario è esso stesso un patrimonio separato, si può dunque dedurre che il patrimonio dell'EIRL non può integrare quello di una società se non nel caso in cui l'attività imprenditoriale che giustifica la separazione sia identica. In effetti, se questa attività è differente, l'utilizzo dei beni dell'EIRL per i fini sociali sarà una violazione delle regole della separazione del patrimonio. In questi casi si dice, infatti, che *“destinazione su destinazione non vale”*.

La trasmissione del patrimonio separato non può essere efficace che a condizione che comporti il trasferimento complessivo dell'impresa individuale. Per poter raggiungere questo scopo, la legge sembra ricorrere al trasferimento universale del patrimonio impiegato nelle operazioni di ristrutturazione delle società nei casi della fusione, scissione e conferimento parziale di attivi.

L'articolo L. 526-17 del Code de Commerce, però, non ricorre ai termini che invece trovano spazio nel diritto societario, il che è in linea con quanto previsto, per le modalità di trasmissione, dalla legge del 15 luglio 2010. In effetti, se si esclude il caso del conferimento in natura del patrimonio separato a una società, il quale presenta numerosi tratti in comune con l'apporto parziale di attivi sottomesso al peculiare regime della

fusione<sup>112</sup>, le modalità della trasmissione del patrimonio separato sono state strutturate in conformità alle regole delle tecniche di diritto comune, poiché la fusione è un particolare modo di trasmissione del patrimonio da una società a un'altra che non si confonde con la cessione o la donazione. Ne è un esempio il fatto che il prezzo corrisposto per la cessione del patrimonio separato viene a confluire nel patrimonio personale dell'imprenditore cedente, che garantisce da quel momento, l'acquirente o la società beneficiaria, conformemente ai termini del diritto comune e con il suo patrimonio personale<sup>113</sup>. Ma anche se la trasmissione del patrimonio separato si distingue nettamente dalle operazioni di ristrutturazione societaria, il suo effetto principale, ossia il trasferimento del complesso dei beni che compongono il patrimonio, è pressoché identico a quello della fusione o della scissione. Similmente, infatti, l'articolo L. 526-17, III, del Codice del Commercio prevede, sulla falsa riga dell'articolo L. 236-14 dello stesso codice<sup>114</sup>, il diritto per i creditori di opporsi alla trasmissione. Ecco perché si è propensi ad affermare l'esistenza di affinità con la fusione al livello degli effetti delle due operazioni.

Questa parentela permette di assicurare l'efficacia della trasmissione attraverso il ricorso analogico alla tecnica del trasferimento universale del patrimonio, e, inoltre, garantisce che questa efficacia non sia rimessa in causa dai diritti di opposizione che la legge riconosce ai creditori. Il ricorso al trasferimento universale del patrimonio assicura, effettivamente, una grande efficacia delle operazioni di trasmissione del patrimonio

---

112 Cfr. articolo L. 236-6-1 del Codice del Commercio: «*La société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions des articles L. 236-1 à L. 236-6*». La società che conferisce una parte dei suoi attivi ad un'altra società e la società che beneficia di questo apporto possono decidere di comune accordo di sottoporre l'operazione alle disposizioni previste dall'articolo L. 236-1 all'articolo L. 236-6. L'articolo dunque rimanda alle disposizioni generali in materia di fusioni e scissioni.

113 Dovrà per esempio garantire il cessionario o la società beneficiaria per il rischio di evizione o garantire loro l'esistenza dei crediti ceduti insieme al patrimonio separato.

114 «*La société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard. Les créanciers non obligataires des sociétés participant à l'opération de fusion et dont la créance est antérieure à la publicité donnée au projet de fusion peuvent former opposition à celui-ci dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société absorbante en offre et si elles sont jugées suffisantes. A défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la fusion est inopposable à ce créancier. L'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la poursuite des opérations de fusion. Les dispositions du présent article ne mettent pas obstacle à l'application des conventions autorisant le créancier à exiger le remboursement immédiat de sa créance en cas de fusion de la société débitrice avec une autre société*». La società assorbente è debitrice dei creditori della società assorbita in luogo ed al posto di questa, senza che ciò porti alla novazione dell'obbligazione. I creditori anteriori all'operazione di fusione possono opporsi a essa.

separato nella misura in cui implica un passaggio completo degli elementi attivi e passivi destinati all'attività imprenditoriale.

Come per il diritto delle società, dove il progetto di fusione, scissione o di apporto parziale dell'attivo individua gli elementi da trasmettere, il contenuto del trasferimento è determinato dalle parti, che sottostanno a due particolari restrizioni: gli elementi attivi e passivi necessari all'attività professionale, imperativamente destinati al patrimonio personale, non possono che essere oggetto del trasferimento; solo gli elementi utili all'attività professionale, facoltativi da separare, possono essere trasmessi separatamente dai primi. Non è dunque possibile utilizzare il regime dell'EIRL per trasferire altri beni o altri diritti che quelli che costituiscono il patrimonio imprenditoriale. Come contraltare per questa restrizione, l'assenza di liquidazione del patrimonio separato, in virtù di quanto previsto dall'articolo L. 526-17, I, impone di trasferire la totalità degli elementi di cui all'atto di trasmissioni; in questo senso, il trasferimento del patrimonio assume il suo carattere di globalità, ovviamente riferito alla globalità dei beni separati. La natura giuridica dei beni non pone ostacoli alla loro trasmissione. Si può quindi operare anche nel caso di beni mobili o immobili, materiali o immateriali, financo contratti. L'operazione, per i beni sottoposti ad un regime di pubblicità, necessiterà che il cessionario provveda all'iscrizione della modificazione sul registro di riferimento, al fine di poterla opporre ai terzi; inoltre, la trasmissione di un bene immobile suppone l'intervento di un notaio<sup>115</sup> e quella di un diritto di proprietà intellettuale deve essere menzionato sul registro tenuto dall'INPI. Il fondo di commercio e dell'artigianato si sottrae alle disposizioni previste dalla I e II sezione del I capitolo, Titolo IV, Libro I del Codice del Commercio<sup>116</sup>. Per quanto riguarda i creditori, essi non possono opporsi al pagamento del prezzo, né l'alienante iscriverne privilegi o esperire l'azione di risoluzione. La perdita di questo beneficio è compensata, per i terzi, dalla trasmissione dei debiti e dei crediti in concomitanza con quella del patrimonio separato. Per il resto, il fondo è trasmesso completo di tutti i suoi

---

115 Si ricordi che la separazione di un bene immobile, ex articolo L. 526-9 del Code de Commerce, deve essere ricevuta nella forma di un atto notarile e deve essere pubblicata al Banco delle Ipoteche. Il fatto che l'intervento dell'ufficiale ministeriale non sia stato menzionato in materia di trasmissione è, molto probabilmente, una svista, che sicuramente non esonera le due parti a passare per questo intermediario.

116 Sono due sezioni che regolano la vendita del fondo del commercio. esse non trovano applicazione nel nostro caso per via della disposizione contenuta nell'articolo L. 526-17, III, comma 2.

elementi materiali ed immateriali: avviamento<sup>117</sup>, insegna, contratto di locazione commerciale, diritti di proprietà industriale, autorizzazioni amministrative...

Il nome dell'impresa commerciale, che è quello dell'imprenditore commerciale seguito o preceduto dal riferimento all'EIRL, non può invece essere ceduto ad altri EIRL, visto l'obbligo stabilito dall'articolo L. 526-6, ultimo comma<sup>118</sup>, di utilizzare una determinata denominazione. L'impresa individuale trasmessa perde ciò che le si era attaccato in funzione della persona dell'alienante, acquista quanto discenda dalla persona dell'acquirente. Particolare attenzione si deve prestare al caso dell'EIRL che non ha la libera disposizione dei beni che compongono il suo patrimonio separato. Taluni beni possono essere comuni al congiunto<sup>119</sup>, quest'ultimo dovrà acconsentire alla loro trasmissione, così come in ogni caso in cui il bene fuoriesca dalla situazione di gestione in comunione.

Si obietta che il coniuge ha già espresso il proprio consenso all'atto della dichiarazione costitutiva del patrimonio separato, in virtù dell'articolo L. 526-11 del Code de Commerce, ma questa osservazione non permette mica di estendere il valore dell'accettazione anche al caso della perdita della proprietà.

Lo stesso ragionamento può essere esteso ai beni indivisi all'interno del patrimonio imprenditoriale: per tutti gli atti di disposizione che li riguardano suppongono il principio del consenso unanime dei due soggetti<sup>120</sup>.

Il patrimonio separato è un'universalità di diritto, il che comporta che le passività e gli attivi convivano e siano in una situazione di reciproca dipendenza. Ne consegue che i debiti e i crediti legati all'esercizio dell'attività imprenditoriale trasmessa saranno vincolanti per il cessionario, il donatario o la società che beneficia del conferimento.

---

117 In questo caso l'imprenditore cedente deve garantire il cessionario contro i rischi di evizione per un fatto a lui imputabile e dovrà sottostare a un divieto di concorrenza.

118 Si rimanda al capitolo I.

119 Se non vi è stato il consenso del congiunto, questi può, entro due anni dal giorno di conoscenza dell'avvenuta trasmissione, esperire l'azione di nullità ex articolo 1427 del Codice Civile («*Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation. L'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté*»). La questione che si pone è però di sapere se la nullità colpisce solo il trasferimento del bene o pone nel nulla l'intera operazione sul patrimonio separato.

120 L'articolo di riferimento è l'815-3, comma 3, del Codice Civile: «*Toutefois, le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition autre que ceux visés au 3°*».

La legge riprende una formula<sup>121</sup> che consacra il principio in materia di fusione adattandolo all'EIRL: l'avente causa è debitore di quei creditori dell'EIRL ai quali la dichiarazione di separazione è opponibile e i cui diritti sono nati in occasione dell'esercizio dell'attività professionale alla quale il patrimonio separato è destinato, senza che questa sostituzione comporti una novazione<sup>122</sup> nei confronti dei suddetti creditori. Per essere più sintetici, i debiti passano in capo all'avente causa senza che subiscano modificazioni, mantenendo anche le parti accessorie, come le sicurezze che lo accompagnano. E lo stesso è previsto per i crediti che l'EIRL vanta nei confronti dei terzi e, più in generale, dei contratti conclusi in funzione dei bisogni dell'attività professionale svolta nel quadro del patrimonio separato. Il parallelismo con la fusione permette di avanzare talune idee, come ad esempio che della cauzione a garanzia del pagamento del canone di locazione di un immobile ricompreso nel patrimonio separato ne beneficia, salvo clausola contraria, il cessionario<sup>123</sup>.

Il regime della fusione, va detto, non è completamente asettico, ma è noto che talune obbligazione del cedente rimangono legate a questi; diviene necessario, per comprendere meglio il discorso, operare una distinzione fra le obbligazioni sorte da contratti stipulati senza operare una vera considerazione sulla persona della controparte e quelli che, invece, sono incentrati su questa, i cosiddetti contratti *intuitu personae*. In effetti, secondo una giurisprudenza granitica in materia di fusione, i contratti *intuitu personae* si risolvono al momento della fusione, non potendo continuare che con l'accordo della controparte.

È il caso, ad esempio, del contratto di franchising, della concessione esclusiva e più in generale dei contratti che contengono clausole sottoscritte a seguito di una valutazione della persona del contraente. Nessun dubbio, per la stessa ragione, che il contratto di

---

121 Così si deduce dagli articoli L. 526-17, III, comma 3 e L. 526-12, comma 1. In particolare quest'ultimo tratta dell'efficacia della dichiarazione di separazione: «*La déclaration d'affectation mentionnée à l'article L. 526-7 est opposable de plein droit aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à son dépôt*».

122 L'assenza di novazione è una conseguenza della natura del patrimonio separato. In effetti, il passivo del patrimonio non nasce dall'imprenditore che ha provveduto alla separazione, ma dall'esercizio dell'attività alla quale è destinato il patrimonio. Perciò, se si considera che è il patrimonio ad essere debitore o creditore di terzi, il suo trasferimento non comporta un cambiamento di parti del contratto, tale da giustificare una novazione dell'obbligazione.

123 Cfr. Cassazione com. novembre 2005, n. 01-12.896, in cui la Corte di Cassazione ha ribadito una sua visione costante in materia di cauzione. Sul tema anche Cass. com. 20 janvier 1987 n. 85-14.035 e Cass. Com. 30 juin 2009 n. 08-10.719.

conto bancario dedicato all'attività imprenditoriale dell'EIRL entra in quel dominio dei contratti intrasmissibili. Altri contratti saranno, invece, trasmessi, non in ragione del loro attaccamento al patrimonio separato, ma perché essi si trasmettono per effetto di legge in contemporanea con la trasmissione dell'impresa. Per esempio, l'articolo L. 1221-1 del Codice del Lavoro<sup>124</sup> prevede il trasferimento dei contratti di lavoro in caso di modifica della situazione giuridica dell'impresa. Contrariamente alla fusione, l'ipotesi della trasmissione dell'EIRL non è indicata espressamente da questa disposizione, ma la giurisprudenza ha sempre interpretato la norma in favore dei lavoratori, il che permette di supporre che la trasmissione del patrimonio separato rientri nelle modifiche che comportano il trasferimento del contratto di lavoro. Più difficile è il caso del contratto di locazione commerciale. Il Code de Commerce colpisce con la nullità quelle clausole che interdicono al locatario la cessione del contratto all'acquirente del suo fondo di commercio o della sua impresa. Ne consegue che il diritto segue il patrimonio separato, laddove questo comprenda, per l'appunto, un fondo commerciale o per l'artigianato. Lo stesso, in materia di fusione, il medesimo codice prevede la sostituzione della società assorbita con quella assorbente nel contratto di locazione.

Da ciò, alcuni autori, hanno dedotto che, in mancanza di norme simili in materia di EIRL e salvo il caso in cui il diritto alla locazione faccia parte di uno dei due fondi suddetti, la piena sostituzione non è possibile e le clausole della locazione relative a restrizioni alla possibilità di cessione del contratto devono essere rispettate<sup>125</sup>. Questa interpretazione del testo è molto restrittiva poiché il comma 1 dell'articolo L. 145-16 del Code de Commerce<sup>126</sup> non si limita ad indicare l'acquirente del fondo, ma anche quello dell'impresa. Se si ammette che la trasmissione del patrimonio separato operi una cessione dell'impresa individuale, si deve allora accordare, conformemente alla lettera dell'articolo,

---

124 *«Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise».* Allorquando avvenga una modifica della situazione giuridica del datore di lavoro, a seguito di successione, vendita, fusione, trasformazione del mondo, creazione di una società, tutti i contratti di lavoro in corso al giorno della modifica permangono fra il nuovo datore di lavoro e il personale dell'impresa.

125 Vd ,EIRL: transmission entre vifs du patrimoine affecté, Revue des Sociétés.

126 *«Sont également réputées non écrites, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent chapitre à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise».* Sono reputate come non scritte, anche se sono in forma scritta, le clausole che tendono a interdire al locatario di cedere la sua locazione o i diritti che li sono riconosciuti dal presente capitolo all'acquirente del suo fondo di commercio o della sua impresa.

gli stessi diritti che ha il commerciante al momento della cessione del fondo commerciale, all'EIRL che cede la sua impresa individuale.

Per ultimo va detto che il contenuto del patrimonio separato rischia di essere oggetto di controversie fra le parti, così come vi sono dispute in materia di fondo per il commercio.

La prova viene ad essere facilitata dall'atto di cessione o di conferimento, così come dall'atto di descrizione dello stato delle cose che accompagna le procedure di pubblicità per i beni, i diritti, le obbligazioni e le garanzie che compongono il patrimonio separato<sup>127</sup>. Ovviamente questi atti non hanno come obbiettivo primario quello di gestire le relazioni delle parti dell'operazione di trasferimento: essi hanno, prima di tutto, lo scopo di garantire i terzi che possono opporsi all'operazione. Ciò non toglie che possano tornare utili alle parti nel momento in cui venga a sorgere una controversia riguardante la composizione del patrimonio separato e l'eventuale inclusione di beni che il dante causa non ha provveduto a cedere al suo avente causa.

La trasmissione dell'impresa individuale non comporta la liquidazione del patrimonio separato. I terzi, perciò, subiscono l'operazione di trasferimento esattamente come avviene nel caso della fusione. Fatta esclusione dei contratti conclusi *intuitu personae*, questi ultimi possono vedere il loro credito o il loro debito trasferito in capo all'avente causa dell'EIRL. I loro interessi, però, non sono ignorabili, infatti il legislatore ha disposto l'opponibilità dell'intera operazione esclusivamente se vi sia stato rispetto delle formalità pubblicitarie<sup>128</sup>. Inoltre, a partire dal momento in cui siano state effettuate queste formalità, i terzi dispongono di un diritto di opposizione. La procedura d'opposizione si ispira a quella prevista nel caso della fusione<sup>129</sup>, senza essere perfettamente identica.

L'opposizione deve essere formulata entro un mese dalla pubblicazione dell'avviso sul "Bollettino ufficiale degli annunci civili o commerciali - BODACC" ed è riservata a due

---

127 Vd l'articolo L. 526-17, III, comma 1.

128 Vd l'articolo L. 526-17, II: «*La cession à titre onéreux ou la transmission à titre gratuit entre vifs du patrimoine affecté à une personne physique entraîne sa reprise avec maintien de l'affectation dans le patrimoine du cessionnaire ou du donataire. Elle donne lieu au dépôt par le cédant ou le donateur d'une déclaration de transfert au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-7 et fait l'objet d'une publicité. La reprise n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de ces formalités. La cession du patrimoine affecté à une personne morale ou son apport en société entraîne transfert de propriété dans le patrimoine du cessionnaire ou de la société, sans maintien de l'affectation. Elle donne lieu à publication d'un avis. Le transfert de propriété n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de cette formalité*». In particolare: essa dà luogo al deposito da parte del cedente o del donatore di una dichiarazione di trasferimento al registro al quale è stato effettuato il deposito della dichiarazione prevista dall'articolo L. 526-7 e sia stata oggetto di pubblicità.

129 Vd l'articolo L. 236-14.

tipi di creditori. I primi sono i creditori professionali il cui credito è nato prima della pubblicità della trasmissione e ai quali la costituzione del patrimonio separato è opponibile.

I secondi sono coloro ai quali la dichiarazione non è opponibile e i cui diritti sono nati prima del deposito della stessa dichiarazione di separazione, ma unicamente nel caso in cui “il patrimonio separato è stato oggetto di una donazione<sup>130</sup>”.

L'esclusione degli altri modi di trasmissione del patrimonio è, secondo molti, incomprensibile, a tal punto che si è proposto di ignorare la restrizione operata per quest'ultimi creditori; effettivamente la ragione sembra essere dalla loro, ma il giudice non potrà mica superare il dato della legge, neutralizzandola. Quale che sia la posizione della giurisprudenza su questo punto, i creditori professionali dell'imprenditore individuale, quelli i cui diritti sono nati dopo la pubblicazione della trasmissione, così come i creditori di altri patrimoni separati non possono opporsi. Similmente, i creditori anteriori ritardatari dovranno essere, in principio, considerati decaduti dal potere di domandare l'opposizione, così come stabilito in materia di fusioni per i casi analoghi.

L'opposizione è formulata davanti al giudice secondo le procedure della fusione, il che permette di pensare che essa sarà di scarsa utilità per i creditori. Affinché l'opposizione alla fusione sia accolta, infatti, l'opponente deve dimostrare che il suo credito sia certo, liquido ed esigibile<sup>131</sup> e il giudice di merito è solito escludere l'opposizione formata sulla base di un'obbligazione di fare. Nel caso in cui queste regole siano estese anche al caso dell'EIRL, i creditori i cui crediti sono nati prima della pubblicazione della trasmissione, ma le cui scadenze sono posteriori, non potranno formulare opposizione, il che è abbastanza opinabile nella misura in cui la trasmissione incide sulla sicurezza del rapporto contrattuale.

Tutto ciò ad ovvio vantaggio dell'efficacia della trasmissione dell'impresa individuale, che da queste regole trae un grosso vantaggio. Questa efficacia non è

---

130 Vd Particolato L. 526-17, III, comma 4: «*Les créanciers de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée mentionnés au 1° de l'article L. 526-12 dont la créance est antérieure à la date de la publicité mentionnée au II du présent article, ainsi que les créanciers auxquels la déclaration n'est pas opposable et dont les droits sont nés antérieurement au dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-7 lorsque le patrimoine affecté fait l'objet d'une donation entre vifs, peuvent former opposition à la transmission du patrimoine affecté dans un délai fixé par voie réglementaire. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties, si le cessionnaire ou le donataire en offre et si elles sont jugées suffisantes.*».

131 Cfr. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 16 juillet 1985, 82-10.382, Publié au bulletin.

minacciata dalle conseguenze dell'opposizione per due ragioni. Da un lato, l'opposizione non ha come effetto l'interdizione dell'effetto traslativo, esattamente come nel caso della fusione. Dall'altro lato, essa non è un fattore di rischio di dispersione degli elementi destinati all'attività professionale.

In effetti, la legge limita i poteri del giudice a tre tipi di decisioni: il rigetto dell'opposizione, l'ingiunzione di rimborsare i creditori, l'ingiunzione di costituire una garanzia per la soddisfazione dei creditori. Inoltre, il mancato rispetto delle ultime due decisioni è solo sanzionato con l'inopponibilità della trasmissione al creditore che ha agito dinanzi al giudice.

La trasmissione del patrimonio separato beneficia di un regime giuridico che li assicura un'efficacia certa, garantita dal trasferimento universale del patrimonio separato e dalla procedura di opposizione non capace di rimettere in causa l'unità del patrimonio trasmesso. Il solo vero pericolo proviene dai contratti conclusi intuitu personae, fra i quali si comprendono anche quelli che non possono essere eseguiti dal concessionario, il donatario o la società che beneficia del conferimento senza che vi sia stato parere a ciò conforme della controparte. Da questo punto di vista, il regime dell'EIRL segue quello della fusione e le regole applicabili in materia di successioni. Non si tratta, a largo avviso, di una debolezza dello statuto che comporta un attentato all'efficacia della trasmissione, bensì di una regola necessaria al rispetto degli interessi dei terzi coinvolti dall'operazione e conforme alla distinzione che opera il legislatore fra l'impresa-patrimonio separato e la persona dell'imprenditore. Per il resto, la legge del 15 juin 2010 costituisce un progresso innegabile per l'imprenditore individuale che aspira ad avviare una società, questo perché crea uno statuto che è aperto all'evoluzione dell'impresa individuale *in bonis*. I problemi delle trasmissioni mortis causa e dei rapporti con il diritto matrimoniale

In diritto matrimoniale, ci si può domandare se è possibile qualificare il patrimonio separato come un bene proprio o un bene comune. A seconda della scelta effettuata, il potere dell'EIRL di procedere alla trasmissione del patrimonio varia: se questo è qualificato come bene proprio, si potrà procedere all'alienazione senza impedimenti; se si tende a qualificarlo come bene comune, diventa necessario avere trovato un accordo con il proprio congiunto, in virtù dell'articolo 1424 del Codice Civile. Ora, un patrimonio separato creato fuori dal matrimonio, ma utilizzato durante il matrimonio o al quale sono

stati destinati dei beni comuni, così come il patrimonio separato creato al momento del matrimonio ma costituito da beni di esclusiva proprietà dell'imprenditore, costituisce un bene comune? Tutte questi casi, sollevano ancora dei problemi. Anche ponendo il focus sul diritto di successione, le regole stabilite dal legislatore lasciano ancora numerose ombre sulla modalità di ripresa dell'attività ad opera dell'erede.

L'articolo L. 526-16 del Code de Commerce<sup>132</sup> permette ad un erede o ad un avente diritto di riprendere l'attività professionale, essendo, tuttavia, subordinato al rispetto delle disposizioni testamentarie. L'EIRL ha dunque il potere di incidere sull'avvenire del patrimonio separato, potendo interdire o imporre la ripresa. Questo punto, in particolare, suscita dei dubbi. Per esempio, è irrisolto il caso in cui siano in più d'uno ha richiedere la prosecuzione dell'attività professionale, poiché la legge non dice niente e non si può arrivare agevolmente alla conclusione che sarà privilegiato il primo che procedere alla trascrizione sul registro di riferimento per la dichiarazione di separazione. Inoltre, il periodo dei tre mesi pone dei problemi, essendo un tempo più corto rispetto a quello per esercitare il potere di accettazione della successione, che è pari a quattro mesi. La ripresa del patrimonio sarà accettazione tacita della successione o si deve considerarla come fatta all'infuori della successione?

Queste incertezze penalizzano lo statuto dell'EIRL, che ancora sconta numerose questioni lasciate in sospeso. La natura del patrimonio separato, unita al fatto che la giurisprudenza necessita di un tempo fisiologico per potersi consolidare, non permette di arrivare a risposte sicure. Per questa ragione, risulta più sicuro per l'imprenditore (ma anche per i creditori) fare ricorso all'EURL, a fronte della chiarezza di quest'ultimo in materia di trasmissione mortis causa.

---

132 «Par dérogation à l'article L. 526-15, l'affectation ne cesse pas dès lors que l'un des héritiers ou ayants droit de l'entrepreneur individuel décédé, sous réserve du respect des dispositions successorales, manifeste son intention de poursuivre l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine était affecté. La personne ayant manifesté son intention de poursuivre l'activité professionnelle en fait porter la mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-7 dans un délai de trois mois à compter de la date du décès. La reprise du patrimoine affecté, le cas échéant après partage et vente de certains des biens affectés pour les besoins de la succession, est subordonnée au dépôt d'une déclaration de reprise au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-7». In deroga all'articolo L. 526-15, la separazione non cessa dal momento che un erede o avente diritto dell'imprenditore individuale deceduto, sotto riserva di rispettare le disposizioni testamentarie, manifesta il suo intento di proseguire l'attività professionale alla quale il patrimonio era stato destinato. La persona che ha manifestato la sua intenzione deve farne menzione sul registro nel quale è depositata la dichiarazione di separazione prevista dall'articolo L. 526.7 entro tre mesi dalla data del decesso.

## 2.4 L'estinzione del patrimonio separato

L'estinzione della separazione patrimoniale può prodursi per due cause: la rinuncia alla separazione e il decesso dell'EIRL senza che vi sia ripresa dell'attività professionale.

I casi sono previsti dall'articolo L. 526-15 del Code de Commerce<sup>133</sup>. In caso di decesso, i creditori del patrimonio separato e quelli del patrimonio non separato conservano la garanzia che era loro al momento del decesso. Questa regola è conforme alla natura del patrimonio dell'EIRL, garantendogli il rispetto delle promesse di protezione del patrimonio personale. A seguito del decesso, il patrimonio non separato del *de cuius* non potrà essere colpito dai creditori professionali, il che permette di sollevarlo dalle passività che eventualmente depauperano il patrimonio professionale<sup>134</sup>. Il legislatore ha dunque fatto produrre al patrimonio separato le conseguenze che sono previste per la successione al bene, e non della successione alla personale. Tuttavia una questione importante resta in sospeso: quella del momento in cui la cessazione degli effetti della dichiarazione sarà opponibile ai terzi. L'articolo L. 526-15 del Code de Commerce prevede una forma di pubblicità del decesso attraverso una menzione sul registro nel quale la dichiarazione di separazione è stata effettuata, senza disporre se la cessazione degli effetti della dichiarazione debba farsi risalire al giorno del decesso o al giorno in cui si compiono gli obblighi di pubblicità. Si è più propensi ad optare per la soluzione che fa produrre gli effetti dell'estinzione al momento della morte, in virtù del sistema di protezione garantito all'EIRL ed anche attraverso l'interpretazione teleologica del comma 1 della suddetta

---

133 «*En cas de renonciation de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à l'affectation ou en cas de décès de celui-ci, la déclaration d'affectation cesse de produire ses effets. Toutefois, en cas de cessation, concomitante à la renonciation, de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ou en cas de décès, les créanciers mentionnés aux 1° et 2° de l'article L. 526-12 conservent pour seul gage général celui qui était le leur au moment de la renonciation ou du décès. En cas de renonciation, l'entrepreneur individuel en fait porter la mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-7. En cas de décès, un héritier, un ayant droit ou toute personne mandatée à cet effet en fait porter la mention au même registre*». Nel caso di rinuncia alla separazione o in caso di decesso dell'EIRL, la dichiarazione cessa di produrre i propri effetti. Tuttavia, in caso di cessazione dell'attività imprenditoriale, concomitante alla rinuncia, i creditori menzionati ai commi 1 e 2 dell'articolo L. 526-12 conservano per sola garanzia generale quella che era la loro al momento del decesso o della rinuncia. In caso di rinuncia, l'imprenditore individuale ne deve dare menzione nel registro di riferimento. In caso di decesso, la menzione è fatta ad opera di un erede, avente diritto o mandatario.

134 Il che, a ben vedere, si risolve in una garanzia anche per l'erede che non prosegue l'attività che era dell'EIRL, perchè il patrimonio del primo rimane estraneo ai fatti dell'impresa individuale, visto che la fusione dei patrimoni in capo all'erede riguarda esclusivamente quello personale del *de cuius*.

norma, che dispone la menzione del decesso. Al contrario del diritto delle società<sup>135</sup>, senza la volontà degli eredi o degli aventi diritto, la separazione si estinguerà.

Questa soluzione è un vantaggio che stimola il ricorso al patrimonio separato. I discendenti dell'EIRL non dovranno sobbarcarsi il carico della prosecuzione dell'attività professionale se l'imprenditore individuale non l'ha desiderato espressamente.

L'articolo L. 526-15 del Code de Commerce prevede che la separazione cessi di produrre i propri effetti nel momento in cui l'EIRL vi rinunci. Ciononostante, la legge non precisa in quale momento la cessazione degli effetti viene prodotta, rimanendo dubbia la qualificazione dell'atto come non recettizio o recettizio.

Gli effetti potrebbero quindi essere ricondotti o al momento in cui avviene la dichiarazione di rinuncia o al momento in cui i terzi hanno conoscenza della volontà di estinguere il patrimonio separato.

La rinuncia è un atto unilaterale, sembra quindi logico ritenere che la seconda soluzione, quella dell'atto recettizio, sia quella da privilegiare in virtù della protezione che assicura agli interessi dei creditori, che altrimenti rischiano di subirne gli effetti senza che ne siano a conoscenza.

A seguito della rinuncia, l'imprenditore perde i benefici che gli sono riconosciuti dallo statuto dell'EIRL: se prosegue con la propria attività imprenditoriale, la responsabilità nei confronti dei creditori professionali si estende su tutto patrimonio personale, che viene reintegrato dei beni precedentemente destinati all'attività professionale.

Per contro, se l'imprenditore cessa contemporaneamente la sua attività imprenditoriale, i creditori conservano come garanzia quella che avevano al momento della rinuncia alla separazione. Eppure, la questione della possibilità per i creditori del patrimonio di domandarne la liquidazione resta aperta, questo perché, contrariamente a quanto previsto dall'articolo L. 526-17 del Code de Commerce in materia di trasmissione del patrimonio separato, avendo riguardo alla rinuncia della separazione, niente impedisce espressamente la liquidazione.

---

135 L'articolo L. 223-41 del Code de Commerce dispone che: «*la société à responsabilité limitée n'est pas non plus dissoute par le décès d'un associé, sauf stipulation contraire des statuts*». La società a responsabilità limitata non si dissolve per il decesso di un associato, salvo disposizione contraria nello statuto; gli eredi o gli aventi diritto di un associato diventano a loro volta associati della SARL o dell'EURL dal momento del decesso del *de cuius*, non hanno altra scelta che subire le conseguenze dell'attività professionale.

In più, l'assenza di liquidazione rischia di rivelarsi un pericolo per l'imprenditore perché può condurre ad un'esposizione del patrimonio privato alle pretese dei creditori professionali.

## 2.5 Creazione di più patrimoni separati<sup>136</sup>

L'articolo 14, II, della legge del 15 juin 2010<sup>137</sup> ha differito la possibilità di costituire più di un patrimonio separato, stabilendo anche la data in cui ciò sarebbe divenuto possibile, ossia il 1 gennaio 2013. Per capire bene la portata di questo riconoscimento, si deve pensare al fatto che questa disposizione non riguarda gli auto-imprenditori che hanno adottato il regime dell'EIRL<sup>138</sup>. In effetti, questi soggetti hanno la possibilità di cumulare i vantaggi dell'EIRL con quelli del loro statuto semplificato<sup>139</sup>. Tuttavia, una stessa persona non può creare più di un'impresa con il regime dell'auto-imprenditore, di conseguenza, selvo voler rimettere in discussione i principi dell'AERL, chi desidera effettuare una seconda dichiarazione di costituzione del patrimonio separato non ha altra scelta che rinunciare, nella seconda attività, a fare impiego del regime semplificato per l'auto-imprenditoria.

---

136 Trattiamo ora la possibilità, riconosciuta recentemente all'EIRL, di creare più patrimoni separati. Si è scelto questa collocazione perché la creazione di un successivo patrimonio ha molti addentellati con la gestione del precedente, è sembrato perciò più fruibile la scelta di concludere il discorso sugli accadimenti che potrebbero caratterizzare la vita del patrimonio professionale.

137 «I. - A l'exception des articles 2, 3, 6 et 9 à 13, la présente loi entre en vigueur à compter de la publication de l'ordonnance prévue au I de l'article 8. II. - Un même entrepreneur individuel peut constituer plusieurs patrimoines affectés à compter du 1er janvier 2013. La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat». Il numero II stabilisce che: uno stesso imprenditore individuale potrà costituire una pluralità di patrimoni separati a partire dal 1 gennaio 2013.

138 Si parla in questo caso di statuto AEIRL, un risultato della fusione del termine EIRL con AERL, che indica per l'appunto l'auto-imprenditore ed il micro-imprenditore.

139 V. articolo R 526-15 del Code de Commerce: «Les entrepreneurs individuels à responsabilité limitée qui ne sont pas tenus de s'immatriculer à un registre de publicité légale déposent la déclaration d'affectation mentionnée à l'article L. 526-7 au registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance statuant commercialement dans le ressort duquel se trouve l'adresse de leur établissement principal ou à défaut d'établissement l'adresse du local d'habitation où l'entreprise est fixée». Gli imprenditori individuali a responsabilità limitata che non sono tenuti ad immatricolarsi ad un registro di pubblicità legale (ed è questo il caso degli auto-imprenditori) depositano la dichiarazione di separazione prevista dall'articolo L. 526-7 nel registro speciale tenuto presso la cancelleria del tribunale di commercio o del tribunale di *grande instance*. Cfr V. LEGRAND, *L'auto-entrepreneur à l'ère EIRL*, D 2010, 1898. Va detto che quest'ultimo riferimento deve essere adeguato a quanto ha disposto il legislatore in materia di AERL: dal 19 dicembre 2014, i nuovi auto-imprenditori che esercitano attività artigianali o commerciali non sono più dispensati dall'immatricolazione presso il registro delle professioni di riferimento, al momento della dichiarazione di inizio attività. Quanto affermato prima conserva senso per gli auto-imprenditori in attività, che devono adeguarsi entro il 19 dicembre 2015.

Attenzione, perché, se teoricamente nulla impedisce la gestione di un'attività imprenditoriale affiancata a quella agevolata dal regime semplificato, questa dualità, nella pratica, non sarà presa in conto ai fini fiscali: si ragionerà come se la cifra di affari generata dalle due attività fosse frutto di un'unica impresa e la si rapporterà ai limiti stabiliti per poter avere accesso al regime dell'AERL.

Questo porta a frustrare molti tentativi di conduzione di una seconda attività nelle vesti di EIRL. Al di là di questa situazione, la possibilità di creare più di un patrimonio separato apre grandi opportunità, a cominciare da quella di lanciare una nuova attività, senza mettere in pericolo né il patrimonio familiare, né quello imprenditoriale, dedicato alla preesistente attività professionale. La coesistenza di più patrimoni non porta solo gioie all'EIRL, poiché questa situazione rischia di incappare nei problemi dovuti al silenzio del legislatore. In effetti, salvo la norma che impedisce di includere uno stesso bene all'interno di più patrimoni, recata dal comma 2 dell'articolo L. 526-6 del Code de Commerce, si ha l'impressione che la coesistenza di due o più patrimoni separati è passata sotto silenzio, come se il legislatore si fosse illuso che lo statuto da lui creato potesse adattarsi alla nuova situazione senza alcun problema. Sfortunatamente, la realtà si è dimostrata diversa.

Inevitabilmente, creare un secondo patrimonio separato per gestire un'ulteriore attività professionale implica un minimo di lavoro interpretativo, per estrapolare dalle norme esistenti le regole del caso. Ciò ovviamente si ripercuote sulla sicurezza giuridica del patrimonio separato, sia al momento della creazione, sia al momento della gestione.

#### *2.5.1 Una seconda dichiarazione di separazione*

Due problemi sorgono immediatamente. Malgrado la sua apparente semplicità, l'articolo L. 526-6 relativo alla composizione del patrimonio separato, mette in risalto alcuni limiti della composizione di un eventuale secondo patrimonio separato. L'idea di fondo, è quella di dare a ciascuna attività dell'imprenditore un distinto quadro giuridico, il che è una cosa buona e santa sul piano teorico. Uno stesso bene non può essere inserito in due distinti patrimoni, una precauzione elementare per assicurare la protezione dei rispettivi creditori, legati specificatamente a uno e un solo patrimonio.

Questo implica che l'imprenditore che desidera sviluppare una branca complementare della sua attività principale nella forma dell'EIRL, deve investire il doppio. Effettivamente, si è detto che il patrimonio separato deve comprendere l'insieme degli elementi necessari alla conduzione dell'attività imprenditoriale, ai quali si può volontariamente aggiungere i beni utili.

In difetto, la dichiarazione di separazione, supponendo che sia ricevibile<sup>140</sup>, non produrrà nessun effetto e l'EIRL sarà responsabile con tutta la totalità del proprio patrimonio. Allora, se l'EIRL crea un secondo patrimonio professionale al servizio di un'attività complementare, nessun dubbio si pone sul fatto che, con grande probabilità, taluni beni necessari per la prima attività professionale lo siano anche per la seconda. In questo caso, però, stante le disposizioni di legge, non gli sarà possibile destinarli ad un secondo patrimonio. Così, l'EIRL sarto, che desidera far partire un corso di cucito con la creazione di un altro patrimonio, non potrà ridestinare i propri macchinari alla nuova attività e la sola soluzione sarà quella di rinnovare l'investimento e comprare nuovi beni necessari. In questo caso non sembra essere richiesta una spesa inaffrontabile, ma con il pensiero possiamo immaginare il caso dell'agricoltore che si trova costretto a ripetere l'acquisto dei mezzi agricoli.

Ora, non tutto è così contrario alla creazione di un patrimonio ulteriore.

Esiste un filone della dottrina che sostiene l'esclusione dei beni immobili dal novero dei beni necessari e l'inclusione in questo gruppo dei soli beni tecnici e assimilati. Di fatti, il decreto del 30 janvier 2012<sup>141</sup> ha definito i beni necessari come quelli che per natura non possono che essere utilizzati nel quadro dell'attività imprenditoriale dell'EIRL. Ora, un immobile può essere utilizzato anche in altre occasioni, fuori dal quadro dell'attività svolta dall'imprenditore. Se si riprende l'esempio dell'EIRL agricoltore, il granaio ad esempio non sarà un bene necessario secondo quest'ultima concezione, ma potrà essere destinato anche ad ulteriori patrimoni. Pertanto, adottare una soluzione del genere conduce a svuotare il concetto di patrimonio di tutto il suo senza perché, in questo caso, saranno davvero pochi i beni che vanno considerati come necessari.

---

140 Ricordiamo che l'articolo L. 526-8 investe le autorità incaricate di raccogliere la dichiarazione di separazione con una missione di verifica formale di completezza, senza che sia richiesto un'ispezione approfondita sulla regolarità dell'atto.

141 Decreto n. 2012-122, JO 31.

Si preferisce, per questo, sostenere che i beni utili sono quei beni oggetto indispensabile all'esercizio della professione dell'EIRL. Una terza via può essere esplorata: quella della messa a disposizione di un bene iscritto in un patrimonio al servizio del secondo bene separato. È possibile che il legislatore sia concorde a questa ipotesi, in effetti, l'*ordonnance* del 9 dicembre 2010<sup>142</sup>, recante gli adattamenti del diritto delle imprese in difficoltà all'EIRL, ha circoscritto il perimetro della procedura collettiva in presenza di un'EIRL in stato di cessazione dei pagamenti, precisando i beni apprensibili con la procedura. Ora, a questo fino, l'*ordonnance* ha introdotto nel Code de Commerce un nuovo articolo, L. 624-19<sup>143</sup>, relativo ad una procedura specifica per la ripresa dei beni impiegati ai fini dell'attività per la quale la procedura è stata avviata e che sono compresi in altri patrimoni. È una sorta di auto-rivendicazione, da parte dell'EIRL, di quei beni appartenenti ad un suo patrimonio ma utilizzati per lo svolgimento di un'altra attività, il cui patrimonio è soggetto alla procedura. Certo, il testo non fa riferimento a distinzioni e non precisa se questo impiego di beni esterni al patrimonio si possa estendere solo ai beni utili o anche ai beni necessari.

E, comunque, non permette di superare il dilemma che anima i tecnici: come effettuare questa seconda separazione? Bisogna, per restare fedeli a quanto letto nel Code de Commerce, che sussista un legame giuridico fra i due patrimoni che condividono lo stesso bene, come ad esempio un contratto di comodato. Nel caso dell'imprenditore agricolo, si dovrà procedere ad inserire nella dichiarazione costitutiva del primo patrimonio il macchinario agricolo, nella seconda dichiarazione il contratto di comodato. A questo punto, però, il problema si ripresenta raddoppiato. Si pone, innanzitutto, il problema del contratto con se stesso<sup>144</sup>: l'amministrazione fiscale

---

142 Ordonnance n. 2010-1512 du 9 décembre 2010 - art. 3

143 «*Le débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée établi, dans les conditions prévues par l'article L. 624-9, la consistance des biens détenus dans le cadre de l'activité à raison de laquelle la procédure a été ouverte qui sont compris dans un autre de ses patrimoines. L'administrateur, avec l'accord du mandataire judiciaire, peut acquiescer à la demande tendant à la reprise du bien. A défaut d'acquiescement ou en l'absence d'administrateur, la demande est portée devant le juge-commissaire*». Il debitore imprenditore individuale a responsabilità limitata, nelle condizioni previste dall'articolo L. 624-9, stabilisce la consistenza dei beni detenuti ai fini dell'attività per la quale la procedura è stata avviata e che sono compresi in altri patrimoni. Il riferimento all'articolo L. 624-9 rimanda al fatto che la rivendicazione di beni mobili non può essere esercitata che entro tre mesi a partire dalla pubblicazione di apertura della procedura collettiva.

144 Abbiamo visto, in tema di gestione del patrimonio separato, come sia possibile arrivare ad una tesi che ponga le basi per il contratto con se stessa. Riassumendo, esiste una parte della teoria (i.e. G. WICKER) che sostiene una nuova concezione della capacità giuridica, grazie alla quale anche il

ammette questo negozio giuridico<sup>145</sup>, il riconoscimento ai fini fiscali non può essere esteso anche al discorso qui fatto.

Inoltre, una tale procedura porta un pericolo per la sostanza del patrimonio separato iniziale, salvo che la creazione avvenga nel medesimo tempo o che sia stata preventivamente accordata alla successiva. Infatti, nel primo patrimonio, in cui figurava un immobile libero di ogni peso, figurerebbe successivamente un immobile gravato dal comodato, il cui diritto è a sua volta destinato al secondo patrimonio.

Ora, la creazione di un altro patrimonio non deve essere confusa con un'operazione di suddivisione di un patrimonio, in tanti mini patrimoni, che ha come effetto quello di mettere i creditori in una posizione scomoda e insicura, poiché potrebbero vedere le loro garanzie esclusive ridotte con un atto unilaterale del loro debitore.

Il che sembra essere in disaccordo con i principi generali in tema di controdestinazione. Si può ribattere che i creditori hanno un diritto di opposizione, ma, giustamente, la procedura di opposizione è stata pensata per essere efficace nei confronti della prima dichiarazione costitutiva un patrimonio separato: nel caso di una successiva separazione, tutto diventa meno limpido.

### *2.5.2 La situazione dei creditori professionali dopo la creazione di un ulteriore patrimonio separato*

Si ricordi che, in applicazione di quanto previsto dall'articolo L. 526-12 del Code de Commerce, la dichiarazione di separazione non è opponibile che ai creditori che hanno contrattato successivamente alla creazione dell'EIRL con l'imprenditore individuale.

Inoltre, il comma 2 dello stesso articolo condiziona l'effetto retroattivo della separazione al rispetto di una procedura destinata a proteggere i creditori i cui diritti sono nati prima del deposito della dichiarazione.

In primo luogo, il soggetto deve esprimere nell'atto costitutivo dell'EIRL la volontà

---

patrimonio separato, in forza dell'interesse che giustifica la separazione, possiede una personalità. Di conseguenza, è ammesso un contratto con se stesso, che crei mutamenti della situazione giuridica dei patrimoni riconducibili al soggetto. Per un quadro più chiaro.

145 Abbiamo visto, in tema di gestione del patrimonio separato, come sia possibile arrivare ad una tesi che ponga le basi per il contratto con se stessa. Riassumendo, esiste una parte della teoria (i.e. G. WICKER) che sostiene una nuova concezione della capacità giuridica, grazie alla quale anche il patrimonio separato, in forza dell'interesse che giustifica la separazione, possiede una personalità. Di conseguenza, è ammesso un contratto con se stesso, che crei mutamenti della situazione giuridica dei patrimoni riconducibili al soggetto. Per un quadro più chiaro.

di rendere la dichiarazione opponibile ai creditori preesistenti, in secondo luogo, quest'ultimi devono essere informati individualmente di questa volontà di limitare le loro garanzie, affinché possano, se il caso lo richiede, esercitare l'opposizione. In questa ipotesi, il giudice decide sulla situazione ed eventualmente ordina al debitore di costituire garanzie supplementari o di rimborsare i creditori oppositori.

In difetto, la dichiarazione sarà loro inopponibile e i loro diritti rimarranno immutati.

Passando, invece, al caso dell'imprenditore che vuole dare vita a un secondo patrimonio separato, si deve comprendere che siamo in presenza di tre tipi di creditori. Semplificando, ci sono i creditori privati<sup>146</sup>, i creditori professionali del primo patrimonio ed i creditori i cui diritti si eserciterebbero sul secondo patrimonio. Questi ultimi non possono che essere dei creditori successivi alla costituzione del secondo patrimonio e nessuna difficoltà si pone nei loro confronti. Avendo riguardo ai creditori privati, essi hanno la possibilità di fare opposizione alla prima dichiarazione. Nel caso di una seconda dichiarazione, il patrimonio privato rischierebbe, in alcuni casi, di ritrovarsi a corte di liquidità. Allora, a fronte del rischio della diminuzione delle garanzie per il loro credito, avranno diritto ad una seconda opposizione. Per quanto riguarda la situazione dei creditori del patrimonio separato per primo, l'operazione non dovrebbe destare problemi a loro, di conseguenza, essi non dovrebbero godere di un potere di opposizione, poiché il processo di creazione del secondo patrimonio non comporta la contro-destinazione dei beni del primo. Tuttavia, se si ammette la soluzione che ricorre ad un contratto per mettere a disposizione beni già destinati all'attività imprenditoriale, ci potrebbero essere delle conseguenze per le garanzie dei creditori del patrimonio professionale iniziale. Pertanto, in questo caso si dovrà garantire l'opposizione anche a questi creditori. Il legislatore ha rinforzato i mezzi di informazione dei terzi, poiché si è reputato essenziale che i *partners* professionali dell'imprenditore individuale a responsabilità limitata siano in grado di valutare i rischi conseguenti il contrarre con l'EIRL. Per questa ragione, l'imprenditore è obbligato a riportare la menzione "EIRL" su tutti i documenti che egli debba compilare nell'esercizio della sua attività.

---

146 A cui possono essere equiparati quei creditori professionali che vantano un credito risalente alla creazione del primo patrimonio separato e i cui diritti, avendo fatto opposizione, non sono limitati al patrimonio imprenditoriale.

Inoltre, si prevede tutta una particolare disciplina di tenuta e deposito della contabilità annuale, questa permette ai differenti creditori e clienti dell'impresa di avere una visione realistica dello stato del patrimonio separato. Estendendo i principi dell'Istruzione Fiscale al caso del gestore di due patrimoni separati, si ottiene che l'imprenditore deve tenere due contabilità, ciascuna riservata all'attività imprenditoriale connessa al patrimonio<sup>147</sup>.

Il che implica anche che bisogna provvedere alle formalità pubblicitarie e disporre di documenti, come le fatture, distinti per attività. Tutto con non poche ripercussioni sul costo di funzionamento. Il regime contabile comprende anche degli obblighi bancari. La legge obbliga l'imprenditore che accede al regime dell'EIRL a disporre di un conto bancario dedicato specificamente alla propria impresa<sup>148</sup>, un obbligo che invece non grava sull'imprenditore semplice.

Nel caso di patrimoni separati multipli, si deve procedere alla creazione di conti bancari distinti. Questa disposizione, che può sembrare sconveniente all'imprenditore, è invece una grande risorsa: l'articolo L. 131-86-1 del Codice Monetario e Finanziario prevede che in caso di incidente di pagamento per un assegno emesso da un conto privato, la misura interdittiva colpisce tutti i conti personali, invece, se l'incidente è causato dall'emissione di un assegno proveniente da un conto dell'EIRL, solo il conto in questione può essere colpito con una misura interdittiva. Non si deve credere che questo sia un metodo per attenuare il rigore delle disposizioni bancarie sull'interdizione, anzi, se consideriamo che l'eventuale altro assegno, emesso dall'imprenditore per supplire all'interdizione grazie alla disponibilità del conto corrente non interdetto destinato all'altra attività, può portare all'azione dei creditori professionali per frode a danno dei loro diritti, comprendiamo come non vi sia nessuna attenuazione del rigore bancario.

---

147 Per quanto riguarda il caso dell'imprenditore che esercita la propria attività nelle vesti di EIRL e che simultaneamente esercita un'impresa individuale per la quale conserva la contabilità commerciale, egli è tenuto a curare una contabilità distinta per ciascuna impresa, così come previsto dall'istruzione fiscale del 9 mars 2012.

148 V. articolo L 526-13 del Code de Commerce: «*L'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté fait l'objet d'une comptabilité autonome, établie dans les conditions définies aux articles L. 123-12 à L. 123-23 et L. 123-25 à L. 123-27. Par dérogation à l'article L. 123-28 et au premier alinéa du présent article, l'activité professionnelle des personnes bénéficiant des régimes définis aux articles 50-0, 64 et 102 ter du code général des impôts fait l'objet d'obligations comptables simplifiées. L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est tenu de faire ouvrir dans un établissement de crédit un ou plusieurs comptes bancaires exclusivement dédiés à l'activité à laquelle le patrimoine a été affecté.*». In particolare il comma tre prevede l'obbligo per l'EIRL di aprire un conto bancario esclusivamente dedicato alla propria attività. Inoltre, l'articolo R 526-11 precisa che ciascun conto bancario aperto dall'imprenditore per i bisogni della propria attività professionale deve contenere nel titolo la denominazione impiegata per l'attività (quella che comprende la dicitura EIRL).

Si pensi al caso di un imprenditore individuale a responsabilità limitata, la cui impresa attraversa difficoltà economiche, il quale, per salvare qualcuno dei beni professionali dall'apertura delle procedure collettive, procede alla loro separazione, creando un patrimonio separato per un altro ramo dell'impresa. Questa operazione non è ammessa in forza di quanto previsto dall'articolo L. 623-1 del Code de Commerce<sup>149</sup>: durante il periodo sospetto, tutte le modifiche dell'estensione del patrimonio che hanno portato a un impoverimento dello stesso e al conseguente arricchimento dell'altro patrimonio separato sono dichiarate nulle. Così affermando, la protezione dei creditori è assicurata contro la condotta fraudolenta dell'EIRL.

Nel caso di cessazione dei pagamenti, o di difficoltà conclamate per il patrimonio separato, il principio disposto dall'ordinanza del 9 dicembre 2010 è che uno stesso imprenditore possa sollecitare procedure distinte per la pluralità dei suoi patrimoni separati. Si deve, dunque, precisare all'autorità giudiziaria competente per quale patrimonio si intenda avviare la procedura, che potrà differenziarsi a seconda del patrimonio in questione, in funzione della gravità delle difficoltà proprie di ciascuna attività alla quale è stato destinato il patrimonio separato. Purtroppo il legislatore, anche in questo caso, non ha pensato alla porosità di ciascun patrimonio separato<sup>150</sup>, con il rischio che l'apertura di una procedura travolga i patrimoni sani. D'altronde, l'attenzione non può che porsi per la possibilità di ricorso a contratti che mettono a disposizione dei beni del patrimonio professionale a beneficio di un altro patrimonio separato, caso che l'articolo L. 622-6 del Code de Commerce<sup>151</sup> riconosce implicitamente in

---

149 L'articolo in questione prevede puntuali cause di nullità per atti che sono stati compiuti a seguito della cessazione dei pagamenti da parte del soggetto a procedura di raddrizzamento giudiziario.

150 V. V. Lagarde, L'EIRL à patrimoines multiples ou questionnaire à choix multiples?, DALLOZ, ott 2012, n. 36, p. 2406.

151 *«Dès l'ouverture de la procédure, il est dressé un inventaire du patrimoine du débiteur ainsi que des garanties qui le grèvent. Cet inventaire, remis à l'administrateur et au mandataire judiciaire, est complété par le débiteur par la mention des biens qu'il détient susceptibles d'être revendiqués par un tiers. Le débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée y fait en outre figurer les biens détenus dans le cadre de l'activité à raison de laquelle la procédure a été ouverte qui sont compris dans un autre de ses patrimoines et dont il est susceptible de demander la reprise dans les conditions prévues par l'article L. 624-19. Le débiteur remet à l'administrateur et au mandataire judiciaire la liste de ses créanciers, du montant de ses dettes et des principaux contrats en cours. Il les informe des instances en cours auxquelles il est partie. L'administrateur ou, s'il n'en a pas été nommé, le mandataire judiciaire peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication par les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, les établissements de crédit, les sociétés de financement, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation patrimoniale du débiteur. Lorsque le débiteur exerce une profession libérale*

previsione della rivendicazione dei beni detenuti per lo svolgimento dell'attività colpita dalla procedura collettiva ma che figurano in un altro patrimonio. Facendo fronte ad un EIRL dotato di un solo patrimonio separato, la ragione della disposizione del codice di comprende facilmente, perché si è liberi di destinare o meno i beni utili all'attività.

Sembra, per questo, poco legittimo che si possa sottrarre ai creditori professionali beni che non sono separati ma che egli impiega perché utili. Nel caso, invece, di un imprenditore con più patrimoni separati, si può estendere il campo di applicazione dell'articolo L. 622-6 e dunque ammettere che un bene espressamente destinato ad un'attività professionale sia utilizzato per un'altra attività. Gli sviluppi di questo discorso, però, li rimandiamo al capitolo seguente, dedicato alla responsabilità dell'EIRL e le vicende del patrimonio separato in difficoltà. Quello che a conclusione del paragrafo si vuole comunicare, è la dolorosa ammissione del fatto che le lacune del dispositivo normativo in tema di EIRL si ripercuotono sulla sicurezza giuridica dell'imprenditore che voglia creare un ulteriore patrimonio separato.

Anche quanto si osserva in questo campo, dunque, va a rafforzare la tesi per cui lo statuto dell'imprenditore a responsabilità limitata sia nato male ed incompleto. Sdoganare la possibilità di dar vita a ulteriori patrimoni non risolve il problema delle mancanze, anzi, le esaspera. Per dirlo con le parole del prof. Lucas, si passa dalla falsa buona idea alle vera calamità.

---

*soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'inventaire est dressé en présence d'un représentant de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève. En aucun cas l'inventaire ne peut porter atteinte au secret professionnel si le débiteur y est soumis. L'absence d'inventaire ne fait pas obstacle à l'exercice des actions en revendication ou en restitution. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent articles.* Le parti di rilievo sono tradotte nel corpo del testo.

## CAPITOLO III

### LA RESPONSABILITÀ DELL'EIRL

#### 3.1 Limitazioni del rischio di impresa

Lo statuto dell'EIRL permette, così come preannunciato dal governo Sarkozy per mezzo del suo segretario di stato incaricato del commercio, artigianato ed delle PME Mr Hervé Novelli, di limitare il rischio di impresa attraverso la messa in campo di una rigida determinazione delle garanzie patrimoniali per i creditori professionali dell'imprenditore individuale. Queste delimitazioni, affinché siano efficaci, devono sussistere sia nel momento della gestione del patrimonio separato, quando cioè quest'ultimo è *in bonis*, sia quando le difficoltà finanziarie non permettono più il proseguimento dell'attività commerciale o comunque richiedono l'avvio di procedure di raddrizzamento per opera del giudice fallimentare. La limitazione del rischio d'impresa suppone che i creditori i cui debiti siano nati da un'attività professionale possano trovare garanzie nei beni utilizzati per la conduzione dell'attività in oggetto. Si deve dunque rendere strettamente indipendenti i due patrimoni, quello personale e quello professionale, durante tutta l'esistenza del vincolo di destinazione a favore dell'impresa. Prima di iniziare la trattazione di questo argomento è bene riflettere sul significato del termine "limitazione della responsabilità", poiché esso possiede numerose accezioni. In questo ventaglio di significati, infatti, si può far rientrare sia una limitazione delle garanzie offerte ai creditori sia un'abolizione pressoché totale della responsabilità personale all'infuori del patrimonio separato. È questo il motivo che ha portato taluno a dire che l'impiego della parola responsabilità è fuorviante, poiché si attaglia più propriamente al concetto di garanzia per i creditori dell'EIRL e non si riferisce più di tanto alla responsabilità di diritto civile *tout court*, ossia quella contenuta dall'articolo 1832 del Codice Civile<sup>152</sup>.

---

152 L'articolo 1832 del Codice Civile prevede che: «*La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes*». La società è istituita da due o più persone che si accordano per conferire ad un'impresa comune dei beni o la loro opera in vista della divisione dei guadagni o per approfittare dei risparmi che essa produce. Può essere creata con atto di volontà unilaterale, nei casi previsti dalla legge. Gli associati si impegnano a contribuire per le perdite. V. F. TERRE, *Préambule in EIRL: L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*. Paris Litec, 2011, p. 9, préc. n. 15.

Al di là delle precisazioni linguistiche, che non incidono più di tanto sulla realtà delle cose, va detto che il legislatore ha stabilito delle regole per regolare la distinzione fra i patrimoni ed anche una protezione, a favore del creditore, per contrastare abusi da parte dell'imprenditore individuale a responsabilità limitata. Ora, prima di iniziare lo studio delle regole che rendono possibile la separazione, va sottolineata l'importanza degli argomenti che si esporranno in questo capitolo. L'intero successo dello statuto dell'EIRL, infatti, rimane ancorato alla possibilità di offrire protezione valida al patrimonio familiare dell'imprenditore. Inoltre, nelle pagine che seguono si tratterà anche di un problema importante, capace di condizionare l'accesso al credito da parte dell'imprenditore, ossia la possibilità di costituire diritti di garanzia fra differenti patrimoni. Potrebbe, invero, essere richiesto all'imprenditore di garantire i debiti contratti con le banche ed i finanziatori con i beni che fanno parte del patrimonio personale, nel caso in cui quello imprenditoriale non sia altrettanto capiente. Come si nota a pelle, questo meccanismo altererebbe il meccanismo di protezione, fino a causarne la scomparsa. Si deve quindi ragionare sull'eventuale ammissione delle garanzie o sulla loro contrarietà alla natura del patrimonio separato.

### 3.1.1 *La determinazione delle garanzie dei differenti creditori*

La dichiarazione di separazione permette di creare un patrimonio separato in deroga alle regole fondamentali sui diritti dei creditori<sup>153</sup>. I creditori ai quali la dichiarazione è opponibile e i cui diritti sono nati in occasione dell'esercizio dell'attività professionale alla quale è destinato il patrimonio separato hanno come garanzia il patrimonio separato stesso; i restanti creditori la dichiarazione è comunque opponibile, ma in questo caso i loro diritti saranno limitati solo al patrimonio residuale. Dunque, la limitazione della responsabilità dell'imprenditore individuale è la conseguenza di questa doppia deroga alle norme<sup>154</sup>. Bisogna comprendere come possa operare una tale regola. In materia di società unipersonale, la limitazione della responsabilità personale è frutto della creazione di una nuova persona giuridica.

---

153 V. articolo 2284 del Codice Civile: 2285 del Code Civil.

154 V. E. DINH. *L'EIRL, un hybride en droit français*, JCP E 2010, n. 46, p. 1979.

L'EIRL invece provvede alla separazione del patrimonio senza che vi sia la creazione di una nuova persona. In questo caso, i beni destinati non possono che servire ad onorare i debiti del patrimonio separato, ma in linea di principio niente impedisce al creditore professionale di aggredire il patrimonio non separato, che conserverebbe, così, il proprio ruolo di garanzia generale per i creditori. A giustificare la limitazione della responsabilità, interviene, allora, la natura giuridica del patrimonio separato; esso è stato incardinato nell'istituto dell'universalità giuridica e, in effetti, la caratteristica di una tale universalità è che gli elementi al suo interno sono indissociabili, siano essi attivi o passivi. In questo modo, i debiti, che corrispondono a passività per il patrimonio separato, possono portare a procedure di esecuzione solo a scapito degli attivi dell'universalità. Solo in questo modo, il patrimonio separato trova autonomia rispetto alle vicende del patrimonio personale. La separazione delle garanzie dei creditori è frutto della disposizione recata dall'articolo L. 526.12, comma 6, del Code de Commerce<sup>155</sup>. Tuttavia essa è condizionata dall'opponibilità della dichiarazione di separazione. Quest'ultima è una dichiarazione unipersonale in cui non intervengono i creditori dell'imprenditore, questo perché, il legislatore ha accordato ad alcuni di essi una protezione *a posteriori*, riconoscendo il potere di opposizione in difesa dagli abusi dell'EIRL. Se la separazione è opponibile ai creditori i cui crediti sono nati dopo del deposito della dichiarazione, perché hanno avuto conoscenza dei limiti ai loro diritti al momento del contrarre, essa non è opponibile a quei creditori che vantano un credito nato prima della creazione dell'EIRL salvo che l'imprenditore li menzioni nella dichiarazione e li informi dell'accaduto. Proprio perché questa informazione è stata reputata insufficiente, la legge accorda ai suddetti creditori un diritto di opposizione. Se l'opposizione è accolta con decisione del giudice e l'imprenditore non rispetta le condizioni impostegli dal potere giudiziario, il patrimonio potrà essere creato ma non avrà effetti nei confronti degli opposenti.

Al contrario, nel caso di rigetto dell'opposizione, il patrimonio separato esplicherà i

---

155 «*Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code Civil, 1° Les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté; 2° Les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour seul gage général le patrimoine non affecté*». Per deroga agli articoli 2284 e 2285 del Codice Civile: 1° I creditori ai quali la dichiarazione è opponibile e i cui diritti sono nati in occasione dell'esercizio dell'attività professionale alla quale è destinato il patrimonio separato hanno come garanzia il patrimonio separato stesso; 2° gli altri creditori ai quali la dichiarazione è opponibile hanno come sola garanzia il patrimonio residuale.

propri effetti anche nei confronti di questi, poiché si è reputato che i crediti da loro vantati rimangono preservati malgrado gli effetti della separazione. Questa soluzione permette di mantenere un certo equilibrio fra le istanze della creazione unilaterale del patrimonio separato e la protezione del diritto dei creditori. Ciononostante, alcune regole dello statuto dell'EIRL rischiano di minare questo fragile equilibrio, perché rimettono in discussione la separazione che intercorre fra i due patrimoni in caso di abusi nel momento della messa costituzione di una separazione patrimoniale. È, più specificamente, il caso del riconoscimento, ex articolo L. 526-18 del Code de Commerce, di un diritto alla retribuzione in capo all'imprenditore individuale, che permette di percepire un reddito dalla gestione del patrimonio, da far poi confluire nel patrimonio individuale. Il problema di questo riconoscimento risiede nel fatto che è lo stesso imprenditore ad individuare l'estensione del proprio compenso, il che potrebbe portare alla nascita di abusi. Quest'ultimi non verrebbero contestati fin tanto che l'imprenditore onora regolarmente i propri debiti, il che porterebbe alla scomoda situazione per cui la separazione patrimoniale trovi mala applicazione senza che ciò venga sanzionato. Inoltre, c'è il caso, previsto dall'articolo L. 526-12 dello stesso codice<sup>156</sup>, per cui si riconosce la possibilità ai creditori personali di aggredire i guadagni derivati dall'ultimo esercizio chiuso del patrimonio separato, nel caso di insufficienza del patrimonio residuale. Questa insufficienza rischia di essere l'argomento di dispute capziose fra creditori del patrimonio dell'impresa e creditori personali, tuttavia, rimane una disputa che coinvolge esclusivamente il diritto dei creditori, senza alterare il regime della responsabilità dell'imprenditore. Ecco perché si può tranquillamente affermare che le regole create ad hoc assicurano una reale separazione fra le garanzie dei creditori, dunque portino ad un'efficace limitazione della responsabilità quando il patrimonio è *in bonis*.

### 3.1.2 La costituzione di garanzie fra i differenti patrimoni dell'EIRL

La questione delle garanzie fra patrimoni e quella sulla possibilità di rinuncia parziale

---

156 V. in particolare l'ultimo comma: «*En cas d'insuffisance du patrimoine non affecté, le droit de gage général des créanciers mentionnés au 2° du présent article peut s'exercer sur le bénéfice réalisé par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée lors du dernier exercice clos*». Il riferimento al n. 2 del presente articolo è per quei creditori che vantano un diritto avente come garanzia il patrimonio personale dell'imprenditore.

alla dichiarazione di destinazione hanno alienato, in passato, molte possibilità di affermazione per l'EURL e per la dichiarazione di impignorabilità. Il gestore, infatti, si ritrovava a dover sopportare molti sforzi per poter garantire con il proprio patrimonio personale le linee di credito aperte a favore dell'attività imprenditoriale, oppure, nel caso della dichiarazione, il costituente si trovava costretto a rinunciare alla protezione allorquando il bisogno di credito fosse divenuto particolarmente pressante. Pur non avendo affrontato direttamente la questione durante lo studio dello statuto, si può sostenere che l'EIRL, grazie alla natura di cui è dotato, non dovrebbe incappare in questa trappola che ha rovinato i precedenti istituti diretti a limitare la responsabilità dell'imprenditore. In realtà, il rapporto Champaud aveva preconizzato il fatto che tutte le garanzie date in favore dei debiti dell'impresa su beni non destinati fossero dichiarate radicalmente nulle<sup>157</sup> e, per questa ragione, aveva stimolato la creazione di un sistema assicurativo apposito. La legge del 15 juin 2010, invece, non prevede niente di sorta. Tuttavia, la questione non è stata elusa poiché si potrebbe dedurre, dall'articolo L. 313-21 del Codice Monetario e Finanziario<sup>158</sup>, che il legislatore non sia favorevole alla costituzione di una garanzia fra patrimoni diversi perché ha privilegiato il ricorso all'*Oseo*<sup>159</sup>. Inoltre collide con lo scopo della creazione dell'EIRL, la possibilità che il legislatore abbia potuto dare il proprio consenso, anche tacito, alla rinuncia della separazione patrimoniale a favore di alcuni dei creditori, perché questo potrebbe far saltare l'intera struttura dell'EIRL. La rinuncia parziale alla separazione in favore di un creditore particolare non è interdetta. Ma si sa, dall'esperienza della dichiarazione di impignorabilità che la prevede espressamente, che un tale consenso ha alterato l'utilità dell'intero dispositivo pur avendo permesso l'accesso al credito. Esiste una parte della dottrina che sostiene come le norme

---

157 V. 160 C. CHAMPAUD, *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée : Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier l'E.P.R.L.*, in *le droit français*, RTD com., 1979, p. 579, préc. n. 30 e 64.

158 V. in particolare il primo comma: «*A l'occasion de tout concours financier qu'il envisage de consentir à un entrepreneur individuel pour les besoins de son activité professionnelle, l'établissement de crédit ou la société de financement qui a l'intention de demander une sûreté réelle sur un bien non nécessaire à l'exploitation ou une sûreté personnelle consentie par une personne physique doit informer par écrit l'entrepreneur de la possibilité qui lui est offerte de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou de solliciter une garantie auprès d'un autre établissement de crédit, d'une société de financement ou d'une entreprise d'assurance habilitée à pratiquer les opérations de caution. L'établissement de crédit ou la société de financement indique, compte tenu du montant du concours financier sollicité, le montant de la garantie qu'il souhaite obtenir*».

159 *Oseo* era un'impresa privata delegata dell'esercizio di un servizio pubblico, essendo deputata al finanziamento delle PME francesi, in vista dell'impiego di lavoratori e maggiore crescita. A giugno 2013 è stata fusa con *CDC Entreprises*, *FSI* e *FSI Régions* per creare la *Banque Publique d'Investissement*, o *bpifrance*. La natura giuridica è quella di *Établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC)* - *ODAC*.

relative all'EIRL vadano a comporre un ordine pubblico economico, il che impedisce la possibilità di rinunciare parzialmente alle limitazioni di responsabilità.

Va però detto, nulla impedisce, prima del ricorso allo statuto dell'EIRL, di accordarsi con un istituto di credito sull'inserimento di una clausola risolutiva del contratto nel caso in cui l'imprenditore dovesse procedere alla creazione di un patrimonio separato, il che allontana la ragione dai sostenitori della tesi dell'ordine pubblico economico, incompatibile con la sussistenza di una condizione risolutiva di tal fatta. Avendo riguardo alle garanzie convenzionali fra i patrimoni, alcuni invocano l'idea per cui la regola di ripartizione dei passivi, contenuta nell'articolo L. 526-12 del Code de Commerce, rientri nell'ordine pubblico pensato a protezione dell'EIRL e perciò, si interdice l'estensione del diritto di garanzia del creditore professionale ai beni del patrimonio residuale, mediante contratto.

Tutte queste osservazioni hanno una parvenza di correttezza. Ma, in realtà, anche in questo caso, la soluzione va ricercata nella peculiare natura del patrimonio separato. Dapprima, la separazione interdice l'impiego dei beni destinati al patrimonio separato fuori dai casi dell'attività imprenditoriale, fintanto che l'oggetto della dichiarazione di separazione sussista. Per questo, l'imprenditore non potrà né costituire cauzione per il patrimonio residuale grazie ad essi, né costituire una garanzia reale su di essi per garantire un debito derivante dalla vita familiare, perché entrambi questi atti costituirebbero una violazione della separazione patrimoniale<sup>160</sup>. Quanto al congiunto dell'EIRL, invece, sembra giusto sostenere che egli non possa più impiegare a scopo di garanzia i beni comuni destinati al patrimonio separato perché, avendo dato il suo accordo alla separazione, ne rimane vincolato al rispetto. In fine, la natura di universalità giuridica comporta delle regole precise sulla separazione dei patrimoni, che l'imprenditore è costretto a seguire. Perciò, egli non potrà offrire cauzione con il suo patrimonio residuale per i fatti del patrimonio separato, perché il primo è destinato unicamente alla garanzia dei creditori non professionali. Quanto alla garanzia reale presa su patrimonio personale per garantire il patrimonio separato, si pone la questione di sapere se il diritto reale che essa fa nascere sul bene lo faccia accedere al patrimonio separato. Se diamo a questa domanda una risposta affermativa, non possiamo che concludere per la possibilità di utilizzo di

---

160 V. F. ROUSSEL, *EIRL et droit du crédit et des sûretés. Le financement in EIRL: L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*. Paris: Litec, 2011, p. 110, *préc.* 260.

questo strumento perché il bene va ad integrare il patrimonio che sopporta i debiti professionali.

Ma, potrebbe essere anche altrimenti perché nel caso di alienazione del bene, il suo prezzo resterebbe nel patrimonio non separato per effetto della surrogazione reale. Si dovrebbe, dunque, riservarlo in principio ai creditori personali. Infine, alcuni problemi particolari si pongono in merito alla presa di garanzie sui beni comuni non separati. Affinché si possa creare una garanzia reale o si possa procedere alla costituzione di una cauzione, gli articoli 1422 e 1415 del Codice Civile esigono l'accordo fra i due sposi. A ciò si deve aggiungere che, anche se i congiunti sono d'accordo, l'imprenditore non potrà procedere all'atto perché questo violerebbe le regole della separazione per le stesse ragioni già dette. Il congiunto, dunque, potrà impiegare esclusivamente i propri beni per garantire il patrimonio separato.

L'impossibilità di consentire alla creazione di garanzie fra patrimoni, o di rinunciare parzialmente agli effetti della separazione in favore di un singolo creditore, fa rinascere una delle preoccupazioni maggiori legate al ricorso al patrimonio separato: la difficoltà, se non addirittura impossibilità, di trovare finanziatori per la propria attività imprenditoriale. La stretta separazione delle garanzie dei vari creditori dell'EIRL è correttamente assicurata dalle poche disposizioni di legge e dalle conseguenze della natura giuridica del patrimonio separato. Tuttavia, il libero orientamento degli imprenditori verso i modelli di impresa più performanti potrebbe alienare consensi dallo statuto dell'EIRL proprio per la difficoltà di accesso al credito. Sarebbe stato, per questa ragione, più lungimirante fare proprie le tesi del rapporto Champaud e provvedere alla creazione di un sistema di assicurazioni per i creditori. La scelta, invece, è stata fatta in favore di un ente, quale l'*Oséo* (oggi *Banque Publique d'Investissement*), che ha una funzione strettamente limitata: esso opera esclusivamente nei momenti di crisi dell'impresa o dell'intero mercato imprenditoriale.

### 3.1.3 *La protezione dei creditori dagli abusi dell'eirl*

Il legislatore ha previsto la sanzionabilità di comportamenti dell'EIRL che costituiscano abusi durante la conduzione dell'impresa a cui è stato destinato il patrimonio separato.

Queste sanzioni, anche se coinvolgono modalità differenti, semplicemente consistono nella rimozione delle differenze di garanzia fra i creditori.

Il legislatore ha posto dei limiti di intensità differente alla separazione professionale, prevedendo ipotesi assolute o relative di limitazione degli effetti<sup>161</sup>. Il dispositivo dell'EIRL è una deroga ai principi del diritto generale dei creditori, la cui ricostituzione sembra essere la sanzione naturale nel caso di condotte dell'imprenditore che alterino le finalità del patrimonio separato o che non ne rispettino il funzionamento. Per questo motivo, è stato previsto l'articolo L. 512-12 del Code de Commerce<sup>162</sup>. Oltre alle manovre fraudolente o inosservanze gravi e ripetute degli obblighi previsti dalle norme fiscali o societarie che riguardano la costituzione di garanzie per i creditori fiscali o societari, il legislatore ha previsto la sanzione della rimozione assoluta degli effetti della separazione per quei comportamenti che non rispettano la separazione fra le garanzie dei creditori. Per quanto riguarda la frode, il legislatore, però, non si è ancora espresso per precisarne i contorni. Risulta per questo motivo naturale assimilarla alla frode pauliana, perché in questo caso si deve contrastare un abuso di separazione patrimoniale, così come nel caso della frode pauliana si fronteggia un abuso di personalità giuridica. Essa, in particolare, permette di sanzionare la costituzione di un patrimonio separato che ha l'unico scopo di sottrarre certi beni alle pretese dei creditori privati. Ma la sanzione della frode si distingue dagli effetti dell'azione pauliana poiché ne beneficiano tutti i creditori complessivamente. Si comporta, infatti, né più né meno che la sanzione prevista per le mancanze gravi agli obblighi contabili dell'EIRL, che comportano una confusione completa dei differenti patrimoni.

Accanto alla previsione di confusione assoluta dei patrimoni, il legislatore ha anche previsto delle ipotesi in cui questo meccanismo si applica in maniera relativa. Si tratta, in questi altri casi, di rendere la separazione parzialmente inopponibile o di prevedere l'inopponibilità per beni determinati. Sarebbe il caso del bene comune che è stato destinato al patrimonio separato senza che vi sia stato il consenso del comproprietario o del congiunto, il caso della separazione di un immobile senza il rispetto

---

161 V. E. DINH. *L'EIRL, un hybride en droit français* in JCP E 2010, n. 46, p. 1979.

162 «*l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est responsable sur la totalité de ses biens et droits en cas de fraude ou en cas de manquement grave aux règles prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-6 ou aux obligations prévues à l'article L. 526-13*».

delle forme previste per la pubblicità dell'atto, e della mancata valutazione dei beni che superano i 30mila euro<sup>163</sup>. La ragione che ha portato il legislatore a optare per una sanzione ad effetti relativi è spiegata dal fatto che queste regole non sono essenziali alla costituzione del patrimonio separato. Si è, dunque, cercato di limitare la possibilità di abusare del ricorso al patrimonio separato, da parte dell'EIRL, mediante la previsione di ipotesi di ricostituzione del diritto generale dei creditori come sanzione. Questa scelta, se comparata al sistema previsto in materia di diritto societario, rivela i suoi limiti. Malgrado queste misure, infatti, l'EIRL sembra essere più libero del socio unico nella gestione della propria impresa. Egli non costituisce una nuova persona giuridica, di conseguenza non risulta a lui applicabile la sanzione prevista dall'articolo L. 241-3, comma 1, del Code de Commerce<sup>164</sup>, relativamente agli abusi dei beni sociali, che, invece, trova larga applicazione nel caso dell'EURL. In più, nessuna regola di controllo della gestione dei patrimoni è stata stabilita fuori dal caso della frode ai danni dei creditori. Di conseguenza è corretta la lamentala secondo cui lo statuto dell'EIRL non assicura abbastanza protezione ai creditori. Tutto ciò, però, va rapportato a quanto previsto dal diritto comune, al fine di accentuare la protezione delle garanzie dei creditori personali o professionali. In difetto di disposizioni specifiche per il regime dell'EIRL in materia di protezione della separazione, dell'estensione, del contenuto e del valore delle garanzie, i creditori possono infatti appellarsi a quanto prevede il diritto comune. In ordine, se è vero che non esiste un diritto penale speciale che si applica all'EIRL, a quest'ultimo si applicano le fattispecie comuni del diritto penale, sia nel momento della costituzione del patrimonio separato, sia nel momento del suo funzionamento. Durante l'esistenza della società unipersonale, l'EURL è suscettibile di commettere i delitti di sopravvalutazione dei conferimenti,

---

163 Queste sanzioni risultano rispettivamente dagli articoli L. 526-11, L. 526-9 e L. 526-10 del Code de Commerce.

164 «Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375000 euros: 1° Le fait, pour toute personne, de faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle. 2° Le fait, pour les gérants, d'opérer entre les associés la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux. 3° Le fait, pour les gérants, même en l'absence de toute distribution de dividendes, de présenter aux associés des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période en vue de dissimuler la véritable situation de la société. 4° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement. 5° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement». In particolare, l'articolo prevede la sanzione della reclusione fino a cinque anni e dell'ammenda di 375mila euro per coloro che hanno tenuto le condotte previste.

mancato versamento dei conferimenti così come distribuzione di dividendi fittizi, presentazione di conti non veritieri e abuso dei beni sociali<sup>165</sup>.

Di conseguenza, l'EIRL potrà essere perseguito per il falso e per la frode.

Il registro nel quale sono depositate le dichiarazioni di separazione, la destinazione di beni immobili o il valore dei beni sottoposti a stima, è atto «che ha per fine (...) quello di stabilire la prova di un diritto o di un fatto avente delle conseguenze giuridiche», conformemente a quanto previsto dall'articolo 441-1 del Codice Penale<sup>166</sup>, reprime il falso nelle scritture: se le dichiarazioni su questo registro sono menzognere, si configura responsabilità per illecito penale da falso nelle scritture. Il ricorso a queste dichiarazioni, poi, configurerà il delitto di ricorso ad un falso<sup>167</sup>. Per quanto riguarda la frode, il campo di applicazione richiede uno studio più delicato. Secondo l'articolo L 313-1 del Code de Commerce, questo delitto necessita di raggiri mirati a forzare il consenso di una persona affinché ella consegni fondi, valori o un bene qualunque, che ella fornisca un servizio o che ella consenta ad un atto comportante l'assunzione o la liberazione da obbligazioni. Si tratta, ad esempio, di ingannare la propria controparte per ottenere credito. Secondo la giurisprudenza, uno scritto solamente, non costituisce di per se un raggirio<sup>168</sup>: il documento utilizzato deve possedere una credibilità rinforzata tale da vincere l'affidamento di una persona ragionabile. Questo è il caso della tenuta, non conforme, di un bilancio o di un registro previsto dall'articolo L. 526-7 del Code de Commerce; infatti, la produzione di tali documenti potrebbe indurre la controparte a contrarre, realizzando la fattispecie della frode<sup>169</sup>.

Come si è visto, l'assenza di previsioni speciali per l'EIRL non impediscono la realizzazione di fattispecie previste dal diritto penale generale. Accanto a questa protezione

---

165 Queste sanzioni risultano rispettivamente dagli articoli L. 241-3.1°, L. 241-1, L. 241-3.2°, L. 241-3. 3° e L. 241-3. 4° e 5° del Code de Commerce.

166 «*Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques. Le faux et l'usage de faux sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende*». Costituisce falso ogni alterazione fraudolenta della verità, idoneo a causare un pregiudizio e ottenere per qualunque mezzo di sorta, in uno scritto o in altro supporto di espressione del pensiero che ha o può avere per fine quello di stabilire la prova di un diritto o di un fatto avente delle conseguenze giuridiche.

167 V. articolo 441-2, comma 2, del Codice Penale: «*L'usage du faux mentionné à l'alinéa précédent est puni des mêmes peines*».

168 V. Cass. Crim, 11 Février 1976, n. 75-91.806.

169 V. J-H ROBERT, *EIRL et droit pénal in EIRL: L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*. Paris, Litec, 2011, p. 192.

di natura pubblica, però, il diritto comune acconsente anche il ricorso all'azione pauliana, posta a protezione delle garanzie dei creditori. Questi hanno la possibilità di richiedere il ripristino dell'unità patrimoniale, nel caso di frode da parte dell'imprenditore individuale, ex L. 526-12 del Code de Commerce.

Certi autori ritengono però che la sanzione della frode prevista dall'articolo in questione non possa essere invocata che dai soli creditori professionali dell'EIRL<sup>170</sup>. La frode pauliana, invece, è un istituto del diritto comune, sarebbe perciò aperta a tutti i creditori, non solo a quelli professionali. Inoltre, le sanzioni previste dalle norme relative all'EIRL sembrano soprattutto sanzionare gli atti successivi alla costituzione del patrimonio separato. In particolare, non sembrano di facile applicazione in alcuni casi non previsti dalla legge, come la vendita di un bene utile o la sua contro-destinazione. Ricorrere all'azione pauliana permette di superare quest'impasse e di sanzionare quegli atti, allorquando siano stati compiuti in frode ai diritti dei creditori, ai quali non deve essere stata riconosciuta la possibilità di appellarsi all'istituto dell'articolo L. 526-12. Si può, dunque, notare che il ricorso alla frode pauliana permette di accentuare la protezione della posizione dei creditori, poiché può essere invocata da qualsiasi creditore ed estende il *range* di atti suscettibili di controllo, tuttavia, la sanzione sarà di ordine diverso da quella prevista per gli atti comportanti "frode o mancanze gravi degli obblighi previsti dal comma 2 dell'articolo L. 526-6 o dell'articolo L. 526-13". Non vi sarà, infatti, la ricostituzione di un patrimonio unitario, come se non vi fosse stata separazione, ma si renderà esclusivamente inopponibile ai creditori gli effetti degli atti in frode ai loro diritti. Per le ragioni sopra esposte, si è propensi ad aderire a quella corrente della dottrina che riconosce il fatto che lo statuto dell'imprenditore individuale a responsabilità limitata, integrato dagli istituti di diritto comune che possono trovare applicazione analogica, permette di garantire una protezione completa ai creditori del patrimonio separato e del patrimonio generale. Ciò, in particolare, senza che siano snaturate le scelte fatte dal legislatore al momento della creazione dello statuto: si è affermata una giusta proporzione fra la limitazione del rischio connesso all'impresa, garantita da una resistente separazione fra le garanzie dei vari creditori, e la protezione di questi ultimi in caso di abusi perpetrati dall'EIRL a danno dei loro diritti.

---

170 V. B. MALLEY-BRICOUT, *L'affectation d'un patrimoine: fonctionnement et cessation in EIRL: L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*. Paris, Litec, 2011, pp. 49-51.

Si deve ora passare a valutare se questa affermazione, scaturita dall'analisi della situazione quando l'impresa è *in bonis*, possa essere affermata anche quando il patrimonio separato attraversa difficoltà finanziarie.

### 3.2 Le vicende dell'EIRL in difficoltà finanziaria

Conformemente a quanto era stato previsto, il governo, a seguito dell'adozione dello statuto dell'EIRL, ha provveduto alla pubblicazione dell'ordinanza n. 2010-1512 del 9 décembre 2010 per armonizzare le disposizioni della legge del 15 juin 2010 con quelle del diritto delle procedure di trattamento delle imprese in difficoltà. L'insieme di queste questioni ha suscitato numerosi dibattiti fra quelli che sostenevano che l'EIRL rientrasse solamente di una delle procedure previste dal VI libro del Code de Commerce e quelli che sostenevano l'unicità della procedura<sup>171</sup>. Questa *querelle* non era nuova, ma accompagnava l'evoluzione del pensiero della dottrina sin dall'istituzione delle procedure per il trattamento delle difficoltà finanziarie, con la legge del 31 décembre 2010. L'evolvere dei fatti aveva mostrato come il diritto si fosse sempre più orientato verso la protezione del debitore semplice, escludendo dal beneficio della procedura di sovra indebitamento quelle persone fisiche suscettibili di essere assoggettate a una procedura per le imprese in difficoltà. La norma, contenuta nell'articolo L. 333-3 del Codice del Consumo<sup>172</sup>, prevede che le disposizioni che regolano il trattamento di sovra indebitamento «non si applichino a quei debitori interessati dalla procedure previste dal VI del Code de Commerce». La questione dell'applicabilità a un EIRL della procedura in questione è stata risolta dal legislatore, che ha optato per la soluzione delle due procedure. È stato creato, infatti, il nuovo articolo L. 333-7 del Codice del Consumo, il quale chiaramente prevede che «il debitore che procede ad una dichiarazione di separazione conforme all'articolo L. 526-7 del Code de Commerce<sup>173</sup>» è soggetto alle norme sulla procedura di

---

171 Nel primo senso, v. S. SCHILLER, *Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté e le patrimoine non affecté?*, Dr. Et patr. Avr. 2010. 88; nel secondo senso, v. V. LEGRAND, *L'EIRL pourrait-il prétendre à une procédure de surendettement?*, D. 2010. 2385.

172 «*Les dispositions du présent titre ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures instituées par le livre VI du code de commerce. Ces mêmes dispositions ne font pas obstacle à l'application de l'article L. 670-1 du même code.*».

173 In particolare, il comma 1 dell'articolo in questione stabilisce che: «*Les dispositions du présent titre sont*

sovra indebitamento. Dal momento che si ammette la possibilità di essere titolari di almeno due patrimoni distinti, è diventato indispensabile far sì che le difficoltà che affliggono un patrimonio, non si riversino sugli altri. Si deve ugualmente rispettare la posizione dei creditori che hanno contrattato con l'EIRL, in qualità di creditori personali o professionali. Per questo motivo, si comprende come una persona che acquista due qualità distinte, EIRL e persona, possa essere sia sovra indebitato in un caso e, al contempo, non avere difficoltà finanziarie nella sfera patrimoniale distinta.

Unanime era la richiesta, da parte della dottrina di costituire un corpus normativo articolato, che lasciasse poco spazio alle interpretazioni, vista le immaginabili difficoltà susseguenti l'assenza di misure di coordinamento fra le due procedure. Sfortunatamente, di fronte al pericolo che le difficoltà mal gestite di un patrimonio influenzassero l'altro, il testo dell'ordinanza è stato pensato un po' zoppo, esso, infatti, si limita a sollevare la questione, ma lascia il compito di risolverla ai pratici<sup>174</sup>. Il legislatore, a voler essere sinceri, ha semplicemente preso il testo antecedente del codice e vi ha inserito un capitolo nuovo, il III bis, in cui l'articolo L. 333-7 si limita a prevedere che le procedure del sovra indebitamento, nel caso di un imprenditore individuale a responsabilità limitata, si applicano esclusivamente al suo patrimonio non separato e che la commissione preposta all'applicazione di queste misure può richiedere un rapporto sullo stato di avanzamento delle procedure collettive avviate sul patrimonio separato<sup>175</sup>.

Questa disposizione sarebbe stata più incisiva se i due patrimoni fossero l'uno totalmente impermeabile alle vicende dell'altro, ma così, nella realtà e nel diritto stesso, non è.

### 3.2.1 *L'adattamento del diritto di prevenzione delle difficoltà delle imprese allo statuto dell'EIRL*

L'ordinanza che ha novellato il diritto delle imprese in difficoltà ha il merito di avere introdotto cambiamenti per poter attagliare i vari istituti alla realtà dell'EIRL.

---

*applicables au débiteur qui a procédé à une déclaration de constitution de patrimoine affecté conformément à l'article L. 526-7 du code de commerce, sous les réserves énoncées par le présent article».*

174 V. V. LEGRAND, *Le chapitre II de l'ordonnance du 9 décembre 2010 concernant le surendettement de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Rec. DALLOZ 2011, n. 3.

175 Esempio di questa situazione è il fatto che, nel caso dell'adattamento delle procedure per le imprese in difficoltà all'EIRL, il legislatore ha provveduto con un intervento complesso, con numerose modifiche dal Code de Commerce.

Questi mutamenti necessari hanno interessato, sin dalle basi, il VI libro (sulle imprese in difficoltà). In particolare si è operato anche nel campo della prevenzione delle difficoltà, introducendo la possibilità di coinvolgere l'EIRL nei vari istituti ad esso riferiti.

Come si vedrà di seguito, l'azione del legislatore non si è limitata a semplici adeguamenti, bensì è stata creatrice di principi che vanno ad coordinare il funzionamento dei vari istituti. In particolare, le disposizioni dell'ordinanza del 9 dicembre 2010, che adottano il diritto delle imprese in difficoltà all'EIRL, contengono alcune norme che si applicano per la prevenzione non giudiziaria delle situazioni di rischio fallimento dell'impresa individuale.

Il primo passo è stato quello di provvedere ad estendere il campo di applicazione di queste norme, partendo con la modifica dell'articolo L. 611-1, comma 1, del Code de Commerce<sup>176</sup>, che regola le modalità di adesione ad un Gruppo di Prevenzione Aggregato (GPA)<sup>177</sup>. Ad oggi, l'articolo in questione, oltre ai casi di imprenditori già disciplinati in passato, prevede la possibilità, per l'EIRL, di aderire ad un GPA. Una seconda misura ha previsto anche la modifica delle disposizioni contenute dalla legge di salvaguardia delle imprese del 26 juillet 2005: l'ingiunzione che deve essere indirizzata dal presidente del tribunale al dirigente della società commerciale, al fine di ottenere il deposito della contabilità annuale, è prevista anche nel caso in cui il destinatario sia un imprenditore individuale a responsabilità limitata. Di conseguenza, pur in assenza di una persona giuridica ulteriore rispetto all'imprenditore, l'EIRL è equiparato al dirigente della società ai fini di questa norma. Questo risultato è stato conseguito con l'inserimento di un nuovo alinea all'articolo L. 611-2, II, del suddetto codice, che fa un tutt'uno con l'obbligo di

---

176 «Toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ainsi que tout entrepreneur individuel à responsabilité limitée et toute personne morale de droit privé peut adhérer à un groupement de prévention agréé par arrêté du représentant de l'Etat dans la région. Ce groupement a pour mission de fournir à ses adhérents, de façon confidentielle, une analyse des informations économiques, comptables et financières que ceux-ci s'engagent à lui transmettre régulièrement. Lorsque le groupement relève des indices de difficultés, il en informe le chef d'entreprise et peut lui proposer l'intervention d'un expert. A la diligence du représentant de l'Etat, les administrations compétentes prêtent leur concours aux groupements de prévention agréés. Les services de la Banque de France peuvent également, suivant des modalités prévues par convention, être appelés à formuler des avis sur la situation financière des entreprises adhérentes. Les groupements de prévention agréés peuvent aussi bénéficier d'aides des collectivités territoriales. Les groupements de prévention agréés sont habilités à conclure, notamment avec les établissements de crédit et les entreprises d'assurance, des conventions au profit de leurs adhérents».

177 Groupement de prévention agréé.

tenuta della contabilità previsto dall'articolo L. 526-14. In particolare, nel caso di quest'ultimo articolo, il presidente del tribunale deve essere attivato, per intervento dell'interessato o del pubblico ministero, laddove, nel caso dell'articolo da ultimo novellato il presidente del tribunale di commercio agisce autonomamente. Inoltre, questa disposizione sembrerebbe andare oltre la semplice opposizione; nel II paragrafo dell'articolo, infatti, è previsto che in caso di non rispetto dell'ingiunzione ad opera del giudice in un periodo di un mese, il presidente ha il potere di fare applicare le disposizioni del comma 2 del paragrafo I, ossia di domandare a soggetti qualificati di fornirgli una situazione esatta della situazione del debitore. Va però aggiunto che, stante il preciso limite di applicazione del paragrafo I alle sole imprese individuali, commerciali o artigiane, questi poteri di conoscenza non possono essere fatti valere nei confronti dell'EIRL che ha destinato il patrimonio separato ad un'attività civile indipendente. L'ordinanza del 9 décembre procede all'adattamento dello statuto alle disposizioni riguardanti il mandato ad hoc ed alla procedura di conciliazione. Queste misure, precisamente, hanno messo in luce il particolare tipo di ragionamento alla base dell'intervento del legislatore. Si è voluto, infatti, creare un bilanciamento fra la necessità di ragionare per singoli patrimoni e quella di concepire come unica la persona alla testa di questi patrimoni. Il principio generale è posto dall'articolo L. 680-1 del Code de Commerce, secondo il quale «dal momento che le disposizioni contenute dal titolo I al titolo VI del presente libro sono applicate in ragione dell'attività professionale esercitata dall'EIRL, esse sono applicate patrimonio per patrimonio<sup>178</sup>». Questo principio è poi di seguito precisato, nei confronti del debitore, dai seguenti articoli. L'articolo L. 680-2<sup>179</sup> indica come vanno interpretate le disposizioni previste dalle disposizioni dal titolo I al VI: la situazione del debitore, i suoi beni, i suoi diritti o le sue obbligazioni, in particolare, devono essere apprezzate soltanto in relazione al patrimonio separato dell'attività in difficoltà. Così facendo, le difficoltà finanziarie richieste per l'apertura della procedura di conciliazione devono essere riferite al patrimonio puntualmente individuato.

---

178 Così recita l'articolo L. 680-1 del Code de Commerce: «*Lorsque les dispositions des titres Ier à VI du présent livre sont appliquées à raison des activités professionnelles exercées par un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, elles le sont patrimoine par patrimoine*».

179 «*Les dispositions des titres Ier à VI du présent livre qui intéressent la situation économique ou les biens, droits ou obligations du débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée doivent, sauf dispositions contraires, être comprises comme visant les éléments du seul patrimoine affecté à l'activité en difficulté ou, si l'activité est exercée sans affectation de patrimoine, du seul patrimoine non affecté*».

Allo stesso modo si devono apprezzare gli accordi conclusi per porre rimedio a queste situazioni di difficoltà. L'articolo L. 680-4, in più, aggiunge una griglia per meglio comprendere quali sono le sostituzioni da operare in seno ai titoli coinvolti dall'ordinanza del 9 décembre 2010<sup>180</sup>. Così facendo si sono eliminate alla base la possibilità di intraprendere interpretazioni troppo libere. Nel titolo I, così come nei seguenti, il termine “debitore”, ad esempio, ha rimpiazzato quello di “persona”. In senso opposto rispetto queste disposizioni, che si sforzano di dare applicazione al principio per cui bisogna ragionare patrimonio per patrimonio, un'altra disposizione, invece, esprime il concetto opposto.

Si tratta dell'articolo L. 611-13 dello stesso codice, che regola le disposizioni relative al mandatario *ad hoc* e al conciliatore, stabilendo, precisamente, quali sono le condizioni di incompatibilità, destinate a garantire la loro imparzialità e indipendenza nel corso della procedura di prevenzione. Praticamente, si è avuto riguardo per la situazione in cui il soggetto individuato quale mandatario o conciliatore abbia percepito un salario o di una remunerazione da parte del debitore, nei 24 mesi che precedono l'inizio della missione del mandato o della conciliazione. A questo divieto preesistente, il legislatore ha aggiunto una frase che esclude la possibilità di ragionare patrimonio per patrimonio. È ora indicato, in effetti, che l'esistenza di una remunerazione o di un pagamento percepito da parte di un debitore imprenditore individuale a responsabilità limitata è apprezzata in considerazione di tutti i patrimoni di cui quest'ultimo è titolare<sup>181</sup>.

### 3.2.2 *La gestione dell'ERIL nel periodo sospetto e gli atti soggetti a nullità*

L'articolo L 526-12, comma 1, del Code de Commerce pone il principio di opponibilità piena della separazione patrimoniale a quei creditori i cui crediti sono nati

---

180 «*Sauf dispositions contraires, les références faites par les titres Ier à VI du présent livre au débiteur, à l'entreprise, au contrat, au cocontractant s'entendent, respectivement: - Du débiteur en tant qu'il exerce l'activité en difficulté et est titulaire du patrimoine qui se rattache à celle-ci, à l'exclusion de tout autre. - De l'entreprise exploitée dans le cadre de l'activité en difficulté. - Si un patrimoine est affecté à l'activité en difficulté, du contrat passé à l'occasion de l'exercice de cette activité ou, si l'activité est exercée sans affectation de patrimoine, du contrat passé en dehors du ou des activités auxquelles un patrimoine est affecté. - Du cocontractant ayant conclu le contrat mentionné au précédent alinéa.*».

181 Ci si riferisce, in questo caso, alla disposizione contenuta nel comma 1 dell'articolo L 611-13 del Code de Commerce: «*(...) L'existence d'une rémunération ou d'un paiement perçus de la part d'un débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée est appréciée en considération de tous les patrimoines dont ce dernier est titulaire...*».

dopo il deposito della dichiarazione di separazione. L'opponibilità nei confronti dei creditori anteriori, invece, richiede che siano compiute due formalità: la menzione del credito nella dichiarazione e la comunicazione dell'atto nei loro confronti. In questa materia, l'ordinanza n. 2010-1512 del 9 décembre 2010 ha apportato alcune innovazioni grazie all'introduzione di una nuova causa di nullità all'articolo L. 632-1, I, del Code de Commerce.

Si contempla, in particolare, il caso in cui: «Dal momento che il debitore è un imprenditore individuale a responsabilità limitata, [a fronte delle, ndr] destinazioni o modificazioni della destinazione di un bene, salvo riserva del versamento della retribuzione contemplata dall'articolo L. 526-18, (...) risulta un impoverimento del patrimonio coinvolto nella procedura a beneficio di un altro patrimonio di questo imprenditore<sup>182</sup>».

Prendendo in considerazione il caso dell'EIRL, il patrimonio che, come detto, risulta sottoposto alla procedura collettiva, è quello collegato all'esercizio dell'attività imprenditoriale esposta al diritto delle imprese in difficoltà. Inoltre, la procedura si estenderà *a fortiori* al patrimonio creato dal patrimonio personale durante il periodo sospetto, laddove sottoposto alla procedura sia il patrimonio personale stesso. Il legislatore ha temuto che un EIRL svuoti il proprio patrimonio laddove si trovi in una situazione di cessazione dei pagamenti, ossia trasferisca gli attivi di quel patrimonio verso un altro suo patrimonio *in bonis*, per sottrarli alla procedura di raddrizzamento o alla liquidazione giudiziaria.

Per questo motivo, l'ordinanza del 9 décembre 2010 ha disposto l'interdizione, sino alla chiusura della procedura o la fine delle operazioni del piano di salvaguardia, di destinare ad un'attività professionale un bene rientrante nel patrimonio soggetto alla procedura, o di modificarne la destinazione, quando queste operazioni si risolvono in un impoverimento degli attivi a scapito dei creditori. Tutti gli atti effettuati in violazione di questa interdizione sono dichiarati nulli ad opera del giudice, a seguito di richiesta degli interessati o del pubblico ministero entro tre mesi dal compimento, così come previsto dall'articolo L. 680-6, comma 2, dello stesso codice<sup>183</sup>.

---

182 «11° Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, toute affectation ou modification dans l'affectation d'un bien, sous réserve du versement des revenus mentionnés à l'article L. 526-18, dont il est résulté un appauvrissement du patrimoine visé par la procédure au bénéfice d'un autre patrimoine de cet entrepreneur».

183 «Tout acte passé en violation des dispositions du présent article est annulé à la demande de tout intéressé ou du ministère public dans le délai de trois ans à compter de sa date».

Ci si può meravigliare che l'articolo L. 632-1 del Code de Commerce possa aver creato un caso di nullità assoluta per quegli atti di destinazione o modifica della destinazione, che realizzano un impoverimento del patrimonio sottomesso a procedura, ad esclusione del versamento delle retribuzioni percepite ai sensi dell'articolo L. 526-18.

Quest'ultimo articolo prevede la possibilità per l'EIRL di far confluire nel proprio patrimonio personale una retribuzione, frutto del patrimonio personale. L'estensione di questa retribuzione è da lui liberamente individuata, il che fa comprendere come il legislatore non sia ostile al trasferimento di attivi da un patrimonio all'altro, in funzione di retribuzione per la gestione del proprio patrimonio separato, poiché non si è prevista, in questo caso, la nullità assoluta anche se esso interviene in un periodo sospetto. La portata di questa eccezione dei versamenti della retribuzione è molto significativa, specialmente perché la nozione di retribuzione è estremamente vasta: si tratta di risorse percepite periodicamente, in moneta o in natura, in occasione dell'esercizio dell'attività professionale connessa con il patrimonio separato, come lo sono i guadagni, le remunerazioni, i benefici, i dividendi, gli interessi, i frutti civili, ecc. La vasta libertà concessa all'imprenditore può portare a numerosi abusi, poiché impunemente si potrebbe arrivare a sottrarre al patrimonio separato più di quello che teoricamente sarebbe concesso. È tuttavia vero che, in un caso di abuso simile, gli organi della procedura possono domandare l'annullamento delle retribuzioni confluite nel patrimonio personale, laddove si riconosca l'applicabilità, per analogia, dell'articolo L. 632-2 del Code de Commerce<sup>184</sup>. L'articolo in questione prevede che i pagamenti per debiti effettuati e gli atti a titolo oneroso a partire dalla data di cessazione dei pagamenti e gli atti a titolo oneroso possano essere annullati, se il terzo controparte dell'imprenditore era a conoscenza della situazione di cessazione dei pagamenti. Per analogia, si potrebbe arrivare ad estendere la previsione del suddetto articolo anche al caso di un atto unilaterale che trasferisce in maniera abusiva la retribuzione percepite dall'EIRL. La questione del libero prelievo della retribuzione anche se l'impresa cessa i propri pagamenti o il patrimonio sia sottoposto a procedura, si ricollega alla natura di questi prelievi.

---

184 *«Les paiements pour dettes échues effectués à compter de la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements. Tout avis à tiers détenteur, toute saisie attribution ou toute opposition peut également être annulé lorsqu'il a été délivré ou pratiqué par un créancier à compter de la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci.»*

Non avendo il legislatore provveduto ad un'interpretazione autentica, si può effettuare un parallelo con quanto previsto in materia di diritto societario in quanto al loro utilizzo. Aderendo alla dottrina che li considera frutto della gestione del patrimonio separato, si potrebbe allora prevedere l'impossibilità di un prelievo, nel caso di assenza di utili o di apertura di una procedura collettiva che ha l'effetto di restringere il potere di gestione dell'imprenditore. Se prima dell'inizio di questa procedura, infatti, l'EIRL è sicuramente libero di gestire il proprio patrimonio liberamente, al momento dell'inizio di una procedura l'imprenditore non avrebbe potere di determinare il proprio compenso.

### 3.2.3 I principi alla base dell'ordinanza del 9 dicembre 2010

Il principio di unicità del patrimonio ha sempre avuto come conseguenza quello di unicità della procedura fallimentare. «Fallimento sul fallimento non vale», dunque, fin tanto che la prima procedura non è stata chiusa, non sarà possibile avviarne un'altra.

La creazione di questo rigido principio è stata merito della giurisprudenza, ragionando sulla legge del 25 janvier 1985<sup>185</sup>; successivamente, esso è stato consacrato dall'articolo L 620-2, comma 2, del Code de Commerce. Questo articolo, a seguito della legge del 26 juillet 2005, disponeva che «non può essere aperta una procedura di raddrizzamento giudiziaria o di liquidazione giudiziaria, fintanto che non è stata terminata l'operazione prevista dal piano fallimentare o che la procedura di liquidazione non sia stata conclusa<sup>186</sup>». In sede di lavori preparatori della legge di salvaguardia delle imprese, il principio di unicità della procedura è stato rappresentato come il corollario dell'unicità patrimoniale del debitore; è perciò chiaro come esso dipenda strettamente dalla sussistenza del secondo. La creazione dell'EIRL, invece, consacra il principio per cui una sola persona possa essere titolare di una pluralità di patrimoni; la conseguenza di questo nuovo principio non poteva che essere la revisione del suo corollario in materia di procedure collettive: ad una pluralità di patrimoni corrisponde una pluralità di procedure.

---

185 Com. 11 déc. 2001, n. 99-10.238, NPT.

186 V. comma 2 del suddetto articolo: «(...) *il ne peut être ouvert de nouvelle procédure de sauvegarde à l'égard d'un débiteur déjà soumis à une telle procédure, ou à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, tant qu'il n'a pas été mis fin aux opérations du plan qui en résulte ou que la procédure de liquidation n'a pas été clôturée*».

Bisogna però comprendere che la novità dello statuto dell'EIRL non comporta una completa eliminazione del principio di unità, che rimane comunque rispettato dal fatto che, seppure l'imprenditore è titolare di più patrimoni, nei confronti di questi ultimi non può essere avviata che una sola procedura per volta.

Dal momento che è possibile aprire più di una procedura nei confronti di un singolo debitore, siccome la procedura è avviata in funzione di un patrimonio, bisogna comprendere quale sia il momento di cessazione dei pagamenti. Il momento che riceve le attenzioni, infatti, è precisamente quello in cui l'imprenditore cessa i pagamenti dei debiti contratti a titolo di esercizio dell'attività in seno all'EIRL. Non per niente, l'articolo L. 680-2 del Code de Commerce<sup>187</sup> statuisce che «le disposizioni dal titolo I al titolo VI del presente libro che riguardano la situazione economica (...) del debitore EIRL devono, salvo disposizioni contrarie, essere interpretate come se riferite agli elementi del solo patrimonio destinato all'attività in difficoltà o, se l'attività è esercitata senza separazione patrimoniale, al solo patrimonio non separato».

Contrariamente alla soluzione classicamente ammessa, che obbliga a prendere in conto i debiti esigibili di qualsiasi natura, quale che sia il rapporto con l'attività in difficoltà, e i crediti di qualsiasi natura, si deve, in presenza di un EIRL, avere riguardo allo stato di difficoltà patrimonio per patrimonio. La stessa riflessione può, poi, essere estesa anche al caso delle difficoltà che rendono possibile l'istaurazione di un procedura di salvaguardia o di conciliazione. In questo caso, esiste una granitica giurisprudenza della Corte di Cassazione che prevede la regola per cui le difficoltà del debitore devono essere valutate indipendentemente dal fatto che la società debitrice sia membro di un gruppo di imprese floride: basta che il debitore solo non sia in grado di sormontare le proprie difficoltà<sup>188</sup>. La soluzione per l'applicazione analogica è, qui, da rintracciare nell'articolo L. 680-2, che impone un ragionamento patrimonio per patrimonio. Un'altra conseguenza di questa novella è relativa all'esclusività della domanda di apertura di un raddrizzamento o di una liquidazione giudiziaria. Secondo l'articolo R 631-2, comma 2, del Code de Commerce, «la domanda di apertura di una procedura di raddrizzamento o di una liquidazione giudiziaria è incompatibile con le altre

---

187 V. capitolo II.

188 Cass. Com 26 juin 2007, n. 06-20.820 e Cass. Com. 26 juin 2007, n. 06-17.821.

domande a pena di irricevibilità, da sollevare *ex officio*<sup>189</sup>. Partendo dall'idea che la procedura collettiva non risponde esclusivamente ad un interesse privato, ma vi è un interesse economico pubblico, il legislatore ha soppresso, con questo articolo, la logica di assegnazione-pressione che, permettendo al creditore di formulare più domande (per ridurre, una di assegnazione di un bene, per parziale ristoro del suo credito, e una finalizzata all'apertura della procedura collettiva, per mettere pressione sul debitore), aveva il solo scopo di imporre al debitore il pagamento. Quest'ultimo, con la novella, o è in stato di cessazione dei pagamenti, e per questo non deve pagare al creditore individuale, o non è in questo stato e la domanda di assegnazione del bene per il raddrizzamento giudiziario è abusiva.

La possibilità di demoltiplica delle procedure comporta un'altra conseguenza: la persona può beneficiare della procedura di sovra indebitamento a titolo del suo patrimonio personale, ex articolo L. 333-7 del Codice del Consumo. Così facendo, l'EIRL, sottoponibile alle procedure collettive previste dal libro VI, è al contempo possibile soggetto di procedure per il sovra indebitamento del proprio patrimonio personale.

Il tutto, inoltre, può coesistere, visto che si tratta di passivi inclusi in patrimoni differenti.

Gli sviluppi a cui è stata soggetta questa materia hanno convinto la dottrina a parlare di patrimonializzazione delle procedure collettive<sup>190</sup>, risultante dalla presa in considerazione dell'autonomia fra i vari patrimoni. L'impressione, infatti, che si riceva dallo studio degli istituti è che la procedura si apra nei confronti del patrimonio in cui è incardinata l'attività professionale in difficoltà, e non nei confronti della persona dell'imprenditore. Senza dubbio, l'affermazione non è tecnicamente corretta, poiché solo una persona, sia essa un imprenditore o un individuo comune, può essere soggetta ad una procedura collettiva. Ma questo avviene perché ella è titolare di un patrimonio. Questo fenomeno di patrimonializzazione delle procedure, rafforza il loro carattere reale ma, allo stesso momento, ne trasformano il carattere.

---

189 «La demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire est à peine d'irrecevabilité, qui doit être soulevée d'office, exclusive de toute autre demande, [à l'exception d'une demande d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire formée à titre subsidiaire]».

190 V. P. M. LE CORRE, *L'heure de vérité de l'EIRL: le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté*, Rec. DALLOZ 2011 n. 3, pag. 93: «il s'agit, si l'on accepte la métaphore juridique, d'une procédure collective ouverte *propter rem*». Si tratta, se si accetta la metafora giuridica, di una procedura collettiva aperta *propter rem*.

Con la novella operata dall'ordinanza del 9 décembre 2010, infatti, è stato modificato il perimetro degli effetti reali delle procedure collettive, sia in relazione all'impresa ed i suoi beni, sia alla disciplina dei creditori.

L'articolo L. 680-4 del Code de Commerce ha lo scopo, focalizzandosi sull'impresa, di disporre regole che riguardano la gestione del periodo di osservazione e quella della liquidazione giudiziaria<sup>191</sup>. Secondo queste norme, dal momento che le norme del libro VI del Code de Commerce parlano di imprese, queste devono essere interpretate come se fosse riportato: «l'impresa gestita nel quadro dell'attività in difficoltà». Così facendo, tutte le regole di gestione dell'impresa durante il periodo in questione hanno l'effetto di applicarsi alla sola impresa collegata al patrimonio interessato dalla procedura collettiva, lasciando l'imprenditore libero di gestire gli altri patrimoni. Rimane la sola interdizione, per l'EIRL, di procedere ad atti che costituiscano un impoverimento del patrimonio interessato, fino alla chiusura della procedura. Da ciò si deduce che la novella operata dal governo, ha avuto l'effetto di ridisegnare il perimetro del piano di salvaguardia o di raddrizzamento adottabile; ora questi non possono interessare che i beni, i diritti e le obbligazioni del patrimonio destinato all'esercizio dell'impresa in difficoltà.

Tutte le regole, pensate secondo il modello classico, devono scontare questo cambiamento. Innanzitutto, solo i creditori professionali ad essa collegate potranno avere interessi sul contenuto del piano. La cessione dell'impresa riguarderà, inoltre, i soli beni e contratti connessi all'attività colpite dalla procedura, non beni o contratti privi di collegamento con essa. Le regole relative alla continuazione dei contratti in corso si dovranno applicare in maniera uniforme, ad esempio, se un contratto di locazione con opzione di acquisto risulta concluso dalla persona fisica per i bisogni extra-professionali, questo non sarà soggetto alle regole della continuazione. Va ricordato, da ultimo, che il legislatore ha provveduto a rimaneggiare, nel caso dell'EIRL, il principio di interdizione dall'esercizio di un'attività professionale indipendente per il debitore persona

---

191 «*Sauf dispositions contraires, les références faites par les titres Ier à VI du présent livre au débiteur, à l'entreprise, au contrat, au cocontractant s'entendent, respectivement: - du débiteur en tant qu'il exerce l'activité en difficulté et est titulaire du patrimoine qui se rattache à celle-ci, à l'exclusion de tout autre. - de l'entreprise exploitée dans le cadre de l'activité en difficulté. - si un patrimoine est affecté à l'activité en difficulté, du contrat passé à l'occasion de l'exercice de cette activité ou, si l'activité est exercée sans affectation de patrimoine, du contrat passé en dehors du ou des activités auxquelles un patrimoine est affecté. - du cocontractant ayant conclu le contrat mentionné au précédent alinéa.*».

fisica, così come previsto dall'articolo L. 641-9, III, del Code de Commerce<sup>192</sup>. La regola è protettrice del debitore, impedendogli di esercitare un'attività i cui prodotto verrebbe completamente aggredito dai creditori, questa ragion d'essere della regola non sussiste più se le procedure si applicano limitatamente al singolo patrimonio. Queste limitazioni prodotte dall'effetto reale sul trattamento dei beni coinvolti nella procedura, si affiancano poi alle limitazioni del coinvolgimento dei creditori nelle vicende di un'impresa in difficoltà. Secondo l'articolo L. 680-3 del Code de Commerce, le disposizioni del libro VI «che interessano i diritti o le obbligazioni dei creditori di un EIRL, salvo disposizioni contrarie, si applicano nel limite del solo patrimonio separato connesso all'attività in difficoltà, o al patrimonio residuale se l'attività è esercitata senza separazione<sup>193</sup>».

Così stabilendo, questo articolo stabilisce che anche per valutare il coinvolgimento dei creditori nelle procedure si deve effettuare una valutazione patrimonio per patrimonio. Le regole della sottomissione ad una procedura sono quelle regole che conferiscono il connotato di collettività alla procedura stessa, limitando le prerogative individuali dei creditori. Fra di loro vige il principio di uguaglianza, che ha, come corollari, l'impossibilità di effettuare i pagamenti, l'interdizione o l'interruzione delle azioni di esecuzione e la loro sostituzione con l'avvio della procedura.

Tutte queste regole, in presenza di un EIRL, si applicheranno in maniera selettiva. Solo coloro il cui credito è collegato al patrimonio soggetto alla procedura collettiva possono essere interessate dall'interdizione dal pagamento o dall'interruzione e sostituzione delle azioni personali. La questione più delicata riguarda la sostituzione delle pretese individuali con la dichiarazione del passivo. Infatti, numerosi creditori, informati dell'apertura di una procedura collettiva nei confronti di un loro debitore, procedono alla dichiarazione dell'ammontare del passivo, anche senza che vi sia quel collegamento richiesto fra il credito vantato e il patrimonio interessato. Il mandatario di giustizia dovrà contestare questi crediti, sulla base della mancanza del collegamento richiesto, in applicazione delle previsioni dell'articolo L. 680-3, il quale pone anche il limite di

---

192 «III. - Lorsque le débiteur est une personne physique, il ne peut exercer, au cours de la liquidation judiciaire, aucune des activités mentionnées au premier alinéa de l'article L. 640-2». Le attività contemplate dall'articolo L. 640-2 sono quella imprenditoria agricola, commerciale, artigianale e professionale indipendente.

193 «Les dispositions des titres Ier à VI du présent livre qui intéressent les droits ou obligations des créanciers du débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée s'appliquent, sauf dispositions contraires, dans les limites du seul patrimoine affecté à l'activité en difficulté ou, si l'activité est exercée sans affectation de patrimoine, du seul patrimoine non affecté».

applicazione delle misure relative alla dichiarazione del credito non soddisfatto.

Importante è sottolineare come l'ordinanza del 9 décembre 2010 ha aperto la strada al contratto con se stesso. Questa figura, ancora ambigua per il diritto civile, invece è, come già detto, riconosciuta dal diritto fiscale, come nel caso dell'imposizione fiscale per i guadagni derivati da quei contratti che l'imprenditore ha concluso per l'affitto a se stesso dei suoi locali commerciali. Le disposizioni che, nell'ordinanza, fanno emergere la possibilità di contrattare con se stessi sono due.

La prima è l'articolo L. 624-19 del Code de Commerce, che obbliga l'imprenditore, che ha messo dei beni a disposizione dell'impresa connessa al patrimonio separato, ad esercitare un'azione per riprenderseli, con le stesse modalità e sanzioni dell'azione di rivendicazione. Senza l'esercizio di questa azione, infatti, l'imprenditore si ritrova nell'impossibilità di opporre la proprietà distinta di quel bene nel corso della procedura. Il secondo articolo è L. 651-2, comma 4. Secondo questo, in caso di condanna per insufficienza di attivo, l'EIRL non può partecipare alla ripartizione, fino a concorrenza del credito, delle somme che egli ha dovuto versare in seguito di condanna.

Questa norma sottintende, precisamente, che gli interessati alla ripartizione delle somme siano creditori dell'EIRL, dunque, per motivare l'esclusione operata dall'articolo, non si può che ipotizzare l'esistenza di un credito detenuto dal patrimonio residuale sul patrimonio separato.

Una volta ammessa la possibilità di essere, al contempo, creditori e titolari del patrimonio interessato dalle procedure collettive, bisogna ancora comprendere come si sviluppi la questione all'interno della procedura.

### *3.2.4 I casi in cui la separazione patrimoniale viene meno nel corso di una procedura collettiva*

L'EIRL dispone di una limitazione particolare della propria responsabilità in caso di apertura di una procedura collettiva, che essa sia aperta sul patrimonio separato o su quello residuale. Perché ci sia questo, il titolare dell'impresa non dovrà fare nulla con i beni ed i diritti, che restano comunque suoi. In difetto, il principio di separazione dei patrimoni viene annullato. Tenuto conto del tipo del tipo di imprenditore che può essere interessato da questi istituti giuridici, il legislatore ha stabilito alcuni casi particolarmente

gravi in cui la ripartizione patrimoniale cessa di esistere ed altri in cui viene semplicemente accantonata.

Il patrimonio separato si ritrova ad essere confuso con quello personale per due motivi, quello dell'azione delle riunione del patrimonio e quello dei casi di responsabilità dell'EIRL su tutti i suoi beni. L'azione di riunione è un'azione che opera la confusione fra i patrimoni. La scelta del nome è significativa, perché si è scelto di usare riunione in quanto c'è un più forte richiamo al fatto che il titolare dei patrimoni è comunque un singolo individuo. Questa azione, che opera secondo il regime procedurale dell'azione di estensione, sarà impiegata nei casi di relazioni finanziarie anomale fra i patrimoni, come avviene quando la contabilità annuale è suscettibile di contestazione. Stesso impiego nel caso in cui non esista una relazione finanziaria, ma i beni separati sono impiegati abitualmente per funzioni diverse da quelle professionali e viceversa. Anche il caso di commistione dei conti può trovare sanzione con l'azione di riunione, quando, cioè, l'EIRL non ha tenuto una contabilità separata dalle altre attività esercitate.

Il legislatore ha poi aggiunto dei casi specifici per poter esperire l'azione davanti ad un giudice. Si tratta delle mancanze gravi alle regole per la costituzione di un patrimonio separato, perviste dal comma due dell'articolo L. 526-6 del Code de Commerce, e degli obblighi fiscali e bancari previsti dall'articolo L. 526-13 dello stesso codice (in questo caso, va detto che sembra si tratti di una sovrapposizione con il divieto di commistione dei conti). Esiste poi il caso della frode ai danni del creditore titolare di un diritto di rivalsa generale su tutto il patrimonio colpito dalla procedura. In questo caso si toglie la possibilità al debitore EIRL di agevolarsi delle limitazioni di responsabilità discendenti dallo statuto, se risulta che la separazione del patrimonio costituisca una frode pauliana, ossia un atto di impoverimento del patrimonio non separato che rende impossibile l'esecuzione delle obbligazioni precedentemente contratte. Per quanto, invece, riguarda i casi di responsabilità dell'EIRL su tutti i suoi beni, si tratta di un meccanismo di estensione della responsabilità a quei beni esterni alla procedura, il che ha come effetto la scomparsa, ex articolo L. 526-12, penultimo comma, del Code de Commerce<sup>194</sup>, dell'ermeticità dei patrimoni. È interessante notare come, nei casi delle mancanze gravi alle regole contenute dall'articolo L. 526-6,

---

194 *«Toutefois, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est responsable sur la totalité de ses biens et droits en cas de fraude ou en cas de manquement grave aux règles prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-6 ou aux obligations prévues à l'article L. 526-13».*

comma 2, vi sia anche la possibilità di ricorrere all'azione di riunione; di conseguenza, il risultato per i creditori sarà lo stesso, ma potrà prendere vie diverse.

Nel solco dell'idea secondo cui la malafede non può trovare protezione patrimoniale nell'ordinamento, l'articolo L. 643-11 è completato con un comma, e ora è previsto che, in caso di chiusura della liquidazione giudiziaria per insufficienza di attivi di un EILR, i creditori possono esercitare il loro diritto agendo su un patrimonio diverso da quello interessato dalla procedura. Ciò fa da pendant con il penultimo comma dell'articolo L. 526-12, eliminando ogni possibile dubbio sugli effetti del comportamento fraudolento.

Il legislatore ha poi stabilito che i creditori non abbiano a subire le conseguenze di una separazione patrimoniale eseguita non correttamente. Per questa ragione ha individuato dei casi in cui non è possibile opporre la costituzione di un patrimonio separato. L'articolo L. 562-12, comma 1, del Code de Commerce ha posto il principio di opponibilità della separazione ai creditori i cui diritti sono nati dopo il deposito della dichiarazione di separazione. Per i creditori anteriori, invece, l'opponibilità è possibile solo a condizione del rispetto dei requisiti ulteriori della menzione nella dichiarazione e della comunicazione.

Nel caso in cui queste condizioni non siano rispettate, la dichiarazione non è opponibile a questi. Se la dichiarazione non è opponibile ad un creditore, quest'ultimo può opporre il suo diritto di credito al patrimonio separato; in caso di procedura collettiva coinvolgente l'EIRL, egli non potrà che esercitare i suoi diritti attraverso la dichiarazione di passivo. Esistono poi dei casi in cui il legislatore ha stabilito una responsabilità illimitata per l'EIRL. Innanzitutto, c'è il caso della stima dei beni, prevista dall'articolo L. 526-10, comma 1, del Code de Commerce, il quale pone il principio di valutazione di tutti gli elementi del patrimonio separato, oltre che delle liquidità, per un valore fissato per mezzo di un decreto. Se il valore dichiarato dall'imprenditore individuale a responsabilità limitata è superiore alla realtà, allora egli è responsabile per la differenza fra il valore dichiarato ed il valore effettivo durante un periodo di cinque anni, garantendo i terzi anche con il proprio patrimonio personale. Illogico, ma potrebbe anche essere dedotto dalla formulazione dell'articolo, il fatto che la responsabilità si estenda anche agli altri patrimoni imprenditoriali separati dall'EIRL.

La stessa sanzione discende dalla mancanza di stima operata da uno dei

professionisti indicati dall'articolo L. 526-10: anche in questo caso l'EIRL è responsabile per la differenza di valore fra dichiarato e reale.

Nel caso di procedure collettive queste regole sono fatte valere dal difensore che rappresenta l'interessi comuni dei creditori nella procedura stessa. Gli articoli 5 e 7 della legge del 15 juin 2010 ha poi previsto che al momento in cui l'imprenditore, attraverso delle manovre fraudolente o a seguito dell'inosservanza grave e continuata degli obblighi sociali e fiscali, a reso impossibile il recupero dei contributi sociali e fiscali a cui egli è tenuto a titolo della sua attività professionale, il recupero di queste somme può essere fatto anche a scapito del patrimonio non separato, laddove il tribunale abbia riconosciuto questo comportamento.

Una regola simmetrica è prevista nel caso in cui il comportamento del soggetto abbia reso impossibile il recupero delle imposte estranee all'attività professionale. In questo caso, il recupero delle somme può essere, infatti, esercitato a scapito dei beni del patrimonio separato. In caso di avvio di procedura collettiva, l'amministrazione fiscale dovrà ovviamente limitare le sue pretese e, come gli altri creditori, provvedere alla dichiarazione di passivo. Come si può vedere, si viene a creare una solidarietà fiscale o sociale, che però non si istaura fra due persone, ma fra due patrimoni che hanno in comune il titolare.

In questo caso, però, l'azione non potrà essere esercitata attraverso il difensore comune, poiché non è questione di proteggere l'interesse generale dei creditori. L'articolo L. 526-12, ultimo comma, permette l'apprensione dei guadagni dell'EIRL, realizzati a titolo dell'ultimo esercizio chiuso, nel caso di insufficienza del patrimonio separato. Il legislatore è partito dal postulato che i guadagni sono un bene del patrimonio professionale dell'EIRL e, come tali, non possono di regola essere aggrediti dai creditori personali.

Questo principio, però, è superato nel caso di insufficienza patrimoniale e si viene a creare una sorta di responsabilità indefinita dell'imprenditore, essendo quest'ultimo tenuto nei confronti di creditori del patrimonio residuale. In caso di procedura collettiva, questo diritto sul patrimonio separato (segnatamente, sui guadagni del patrimonio separato), dovrà essere fatto valere nelle forme della dichiarazione di passivo.

### 3.2.5 L'applicazione delle procedure di sovraindebitamento all'EIRL

L'articolo L 330-1 del Codice del Consumo, prevedendo che «la situazione di sovraindebitamento delle persone fisiche sia caratterizzata dalla manifesta incapacità per il debitore di buona fede di fare fronte all'insieme dei suoi debiti non professionali esigibili o scaduti»<sup>195</sup>, prevede tre condizioni alla base della ricevibilità del dossier di sovraindebitamento. Queste sono: 1) il fatto che il debitore sia una persona fisica, 2) il fatto che egli sia in buona fede, 3) il fatto che la situazione debitoria provenga da fatti suoi personali, ossia i debiti non siano stati contratti per la gestione di un'attività professionale. Rapportando ciò all'EIRL, l'articolo L. 333-7, comma 1<sup>196</sup>, dispone certamente che il debitore persona fisica ricomprende anche colui il quale abbia effettuato una dichiarazione di separazione come quella prevista dall'articolo L 526-7 del Code de Commerce.

Delle altre due condizioni, invece, non è così facile capirne l'applicazione al caso dell'imprenditore individuale a responsabilità limitata. Di fatto, nella misura in cui il debitore ha consapevolmente organizzato la partizione del proprio patrimonio generale al fine di ricavare un'utilità per i suoi interessi professionali e minimizzare il rischio di impresa, egli si ritrova *ab initio*, in una situazione delicata in merito all'apprezzabilità della sua buona fede. Si potrebbe sostenere, a questo punto, che la malafede si ricava dal fatto che l'EIRL ha tenuto uno di quei comportamenti che causano la fine della separazione patrimoniale. Ciononostante, si richiede un'analisi della situazione più dettagliata. Ad esempio, il caso in cui l'imprenditore ha destinato un bene di valore superiore ai 30mila euro, senza provvedere alla stima da parte di un professionista, è sanzionato con la responsabilità per la differenza di valore fra il dichiarato ed il reale anche sul patrimonio residuale, senza che vi sia un giudizio di merito sulla buona fede del debitore.

---

195 V. comma 1 dell'articolo L. 330-1 del Codice del Consumo: «*La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale et que la valeur estimée de celle-ci à la date du dépôt du dossier de surendettement soit égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non professionnelles exigibles et à échoir ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée.*»

196 «*Les dispositions du présent titre sont applicables au débiteur qui a procédé à une déclaration de constitution de patrimoine affecté conformément à l'article L. 526-7 du code de commerce, sous les réserves énoncées par le présent article.*»

Il governo, nella stesura dell'ordinanza del 9 décembre 2010 non si è curato di casi affini, che costituiscono una zona grigia per la possibilità di applicazione delle procedure di sovraindebitamento. Innanzitutto, dallo studio dell'articolo L. 333-7 del Codice del Consumo, si comprende come il riferimento alla conformità della dichiarazione di separazione alle regole stabilite dall'articolo L. 526-7 del Code de Commerce non va inteso come rispetto di tutte le condizioni per la costituzione dell'EIRL, ma bisogna avere riguardo solo all'esigenza formale di deposito della dichiarazione.

A dire il vero, tutti i problemi delle disposizioni recate dagli articoli del Codice del Consumo, sembrano provenire dal fatto che il rischio di interazione fra i patrimoni di cui è titolare il soggetto non è stato preso in considerazione sufficientemente. Lo scopo del giudice, che si ritrova a dover decidere della malafede del debitore, sarà quello di valutare la correttezza di questi rapporti patrimoniali. Per quanto, invece, riguarda la riconducibilità dei debiti alle vicende del patrimonio personale, l'articolo L. 333-7, comma 1, del Codice del Consumo prevede che le disposizioni del diritto di sovraindebitamento devono essere interpretate come se riguardassero i soli elementi del patrimonio non separato. Questa disposizione si scontra con l'estensione dell'articolo L. 330-1, operata dall'articolo 14 della legge LME del 4 août 2008<sup>197</sup>, per cui ora rientrano, nel campo dei debiti presi in considerazione al fine della procedura di sovraindebitamento, anche quelli contratti per le fidejussioni con finalità di tutela dell'attività professionale. L'aggiunta operata dalla LME, trovava spunto dalla constatazione che una persona fisica poteva trovarsi nell'impossibilità materiale di riuscire a far fronte a quei debiti che aveva contratto come garanzie per l'esercizio dell'attività professionale. Riportato all'EIRL, tutto ciò si scontra con l'annoso dibattito che coinvolge la dottrina circa la possibilità che un imprenditore sfrutti un patrimonio per garantirne un altro. Anche in questo caso, ci si ritrova più propensi ad escludere la possibilità di compimento di un negozio giuridico di tale sorta, in ragione della tutela della natura del patrimonio separato e della limitazione di responsabilità su cui si basa. Inoltre, sorge il problema connesso all'esistenza di beni ad uso promiscuo destinati all'attività professionale. La questione prende un nuovo andamento al momento in cui riflettiamo sulla possibilità, per l'EIRL, di

---

<sup>197</sup> La legge di modernizzazione dell'economia, all'articolo 14, opera una serie di modifiche sia al Code de Commerce sia al Codice del Consumo. In particolare, qui ci si riferisce alla modifica dell'articolo L. 330-1 del Codice del Consumo.

destinare le obbligazioni utili all'attività professionale, così come previsto dall'articolo L. 526-6, comma 2, del Code de Commerce. Effettivamente, se noi intendessimo alla lettera questo articolo, si potrebbe dedurre che, allorché l'imprenditore destini un bene utili alla sua attività gravato da un passivo, allora il dichiarante può provvedere alla dichiarazione di separazione del debito stesso, o lasciarlo all'interno del patrimonio residuale<sup>198</sup>. Se ora si estende la riflessione all'articolo L. 333-7 del Codice del Consumo, ci si ritrova con un'obbligazione concernente un bene destinato all'impresa e che dovrà essere preso in conto per la valutazione del sovraindebitamento. Questo fa notare come ci sia bisogno di una revisione precisa delle disposizioni, per evitare che si instaurino discussioni senza fine fra i creditori, circa la veridicità dell'utilità di un bene per l'impresa, iniziate dai creditori personali, che vogliono rimpinguare il patrimonio non separato. Il comma 3 dell'articolo L. 333-7 del Codice di Consumo dispone che il debitore avverte la commissione incaricata di presiedere la procedura di sovraindebitamento circa l'eventuale apertura dell'eventuale procedura collettiva aperta nei confronti dell'EIRL<sup>199</sup>. La comunicazione verta intorno al fatto che, per difficoltà dell'impresa, è stato approvato il piano convenzionale di raddrizzamento ovvero, in caso di richiesta di conciliazione, che la commissione potrebbe decidere di imporre misure particolari.

Da notare come il testo della novella non contempra il caso del raddrizzamento senza liquidazione giudiziaria, introdotto con la legge del 1 juillet 2001, che ha provveduto a modificare gli articoli L. 330-1 e L. 332-5 del Codice del Consumo. Questa particolare procedura è indicata nei casi in cui il debitore non abbia più niente tranne che i beni necessari alla vita corrente o all'attività professionale, o ancora abbia solo beni il cui valore non è suscettibile di valutazione economica<sup>200</sup>. Se si considera che nel caso dell'EIRL, i beni necessari all'attività sono i beni destinati al patrimonio separato, questo significa che egli non ha più alcun attivo sostanziale nel suo patrimonio privato, salvo forse quelle cose che non hanno valore economico o sono necessarie per la sua vita. Sorprende dunque la ragione dell'esclusione dell'EIRL dalla possibilità di ricorrere alla procedura di

---

198 In questo senso, v. M. BURGARD, *L'EIRL, une validation par le Conseil constitutionnel en attente d'une clarification par le gouvernement*, LPA 16 juill. 2010, 7.

199 «Lorsqu'une procédure de surendettement est engagée devant la commission à la demande d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, celui-ci indique, lors du dépôt du dossier, si une procédure instituée par les titres II à IV du livre VI du code de commerce est ouverte à son bénéfice et auprès de quelle juridiction».

200 V. S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles relatives au surendettements des particuliers*, JCP E 2010, 1676.

raddrizzamento senza la liquidazione giudiziaria. Inoltre, non sembra affatto certo che l'autorità incaricata del trattamento delle difficoltà non possa inviare, in caso di apertura del dossier per il sovraindebitamento, alcuna informazione suscettibili di influenzare la consistenza dell'attivo del patrimonio personale del debitore. È forse questa la lacuna più grave dell'intera ordinanza del 9 dicembre 2010, che non fa alcun riferimento alle informazioni riguardanti i ricavi dell'ultimo esercizio chiuso (v. articolo L. 526-12, II, ultimo comma), né ad una particolare figura di creditori a cui la separazione patrimoniale non è opponibile. D'altronde, sarebbe stato interessante precisare le modalità concrete di scambio di informazioni fra le autorità coinvolte per tenere conto eventualmente dei dettagli delle procedure di sovraindebitamento o, comunque, per prevedere delle misure combinate.

La commissione di sovraindebitamento ha il difficile compito di conciliare le pretese dei creditori con le facoltà di rimborso del debitore. Ora, la legge che ha creato l'EIRL, prevede espressamente che in caso di insufficienza del patrimonio separato i creditori personali del debitore vedono la loro garanzia generale estendersi ai ricavi prodotti dell'imprenditore individuale durante l'ultimo esercizio concluso. L'ordinanza avrebbe dovuto menzionare questa particolarità nella lista delle informazioni suscettibili di essere utili al trattamento del sovraindebitamento. Di certo, più significativa rimane la mancanza di preoccupazioni quanto ai creditori ai quali la dichiarazione di separazione è inopponibile. Il problema nasce per i creditori i cui crediti sono nati prima della costituzione del patrimonio separato, e che hanno fatto opposizione alla dichiarazione di separazione, siano coinvolti nella procedura consensuale; essi vantano un diritto che ha la sua garanzia sia sul patrimonio separato, sia sul patrimonio residuale. Alla lettera, l'articolo L. 333-7 non dovrebbe permettere a questi di partecipare alla procedura di sovraindebitamento, perché questo articolo indica esclusivamente i debiti riferibili al patrimonio personale. Può essere che, nello spirito dei redattori dell'ordinanza, la procedura non possa coinvolgere quei creditori a cui non può essere opposta la separazione. Questo semplifica parecchio le cose, al momento dell'apertura della procedura e della formulazione del dossier, ma rimane il beneficio del dubbio, poiché l'ordinanza non specifica questo caso peculiare neanche nel capitolo I, quando tratta delle procedure collettive.

In ogni modo, nel caso di apertura di due procedure concorrenti, si dovrà organizzare modalità di collaborazione fra i differenti organi che intervengono e tenere conto dei maggiori termini concessi alla commissione per poter trattare in maniera approfondita le richieste del debitore.

Una delle innovazioni più efficaci introdotte con l'ordinanza del 9 décembre 2010 è l'accelerazione delle procedure di sovraindebitamento. La durata massima del piano di sovraindebitamento, infatti, non può più eccedere il termine di otto anni. Secondo il rapporto fatto dal deputato François Loos alla commissione economica dell'Assemblée Nationale<sup>201</sup>, si trattava di dare dei limiti all'orizzonte delle prospettive dei creditori interessati al rimborso. In questo senso, si è provveduto a modificare l'articolo L. 331-3, ed ora il tempo concesso alla commissione per valutare il dossier presentatogli dal debitore e deciderne il seguito è passato dai sei mesi a tre.

Ovviamente questa decisione di ridurre i termini ha sollevato alcune critiche da parte di pratici che, in particolare, contestano come essa sia trascurante del continuo aumento di dossier presentati alla commissione. Si basti pensare che, secondo i dati distribuiti dalla Corte dei Conti, in Francia negli ultimi vent'anni c'è stata una crescita esponenziale di domande, tali da far registrare nel 2008, ultimo dato prima della novella, un totale di 185mila dossier, contro i settantamila del 1995.

Va detto, poi, che questo obiettivo di celerità sarà reso ancora più difficile da raggiungere in presenza di un particolare tipo di EIRL, soprattutto se si tiene conto che la commissione dovrà anche essere soggetto alle eventuali inerzie del giudice incaricato della gestione delle procedure collettive. Questo spingerebbe ha optare per la decorrenza del termine dei tre mesi dal momento in cui il rapporto è ricevuto da questo giudice, ma non è stata questa la soluzione adottata.

Inoltre, prima della decisione sulla ricevibilità del dossier, l'articolo L. 331-5 del Codice del Consumo<sup>202</sup> accorda al debitore sovraindebitato la possibilità di sollecitare che

---

201 V. *RAPPORT FAIT AU NOM DE LA COMMISSION DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES SUR LE PROJET DE LOI, adopté par le Sénat, portant réforme du crédit à la consommation (n. 1769), PAR M. François LOOS, Député*, consultabile sul sito internet <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r2150.asp>.

202 V. «*A la demande du débiteur, la commission peut saisir, avant la décision de recevabilité visée à l'article L. 331-3, le juge du tribunal d'instance aux fins de suspension des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. En cas d'urgence, la saisine du juge peut intervenir à l'initiative du président de la commission, du délégué de ce dernier ou du*

la commissione adisca il giudice dell'esecuzione, perché questi sospenda le domande esperite contro i suoi beni. Questa disposizione ha lo scopo di tutelare i creditori personali perché è evidente che il debitore trae giovamento dalla prosecuzione dell'attività imprenditoriale, che aumenta la sua capacità contributiva nel quadro di un piano di raddrizzamento eventualmente negoziato con i creditori non professionali.

Se si deve esprimere un giudizio finale sulle novità introdotte in materia di procedure di sovraindebitamento, va detto che il governo ha mancato un'occasione per creare un vero e proprio diritto speciale per l'EIRL in questa materia, tale da completare le disposizioni previste per le procedure collettive. C'è anche da dire che il testo dell'ordinanza ha richiesto, e richiede ancora, l'intervento dei pratici per il suo completamento. Sicuramente l'empirismo ha degli aspetti positivi, ma esso non può rimpiazzare una solida trama di norme o, quanto meno, di linee direttrici. Una volta finito l'effetto annuncio di questo intervento del legislatore, infatti, gli imprenditori non c'hanno messo molto a capire che gli errori e le lacune del sistema sono potenzialmente capaci di portare grave insicurezza alla loro attività professionale, che si ritrova soggetta al ondivago operare della giurisprudenza. Per riprendere le parole di un professore, fare queste riforme è bene, ma dare i mezzi per poterle applicare è anche meglio<sup>203</sup>.

### 3.3 La responsabilità residuale in capo all'EIRL

L'EIRL è chiamato a gestire il proprio patrimonio separato o a delegarne la gestione ad un terzo per mezzo di un contratto di mandato. Se questo terzo commette degli errori durante l'esercizio del proprio mandato, ne risponde con la totalità del proprio patrimonio personale, in virtù di quanto prevede il diritto comune per il mandato.

Se, invece, l'imprenditore gestisce in proprio il patrimonio separato, logicamente si sarebbe portati a dire che dovrebbe rispondere nella stessa maniera per cui è responsabile il

---

*représentant local de la Banque de France. La commission est ensuite informée de cette saisie. Lorsqu'elle est prononcée, la suspension s'applique dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités que celles prévues aux trois premiers alinéas de l'article L. 331-3-1. Lorsqu'en cas de saisie immobilière la vente forcée a été ordonnée, le report de la date d'adjudication ne peut résulter que d'une décision du juge chargé de la saisie immobilière, saisie à cette fin par la commission, pour causes graves et dûment justifiées».*

203 V. F. X. LUCAS, *L'entrepreneur à patrimoine affecté, est-ce une si bonne idée?*, éditorial, Bull. Joly Sociétés 2008. 839.

mandatario. Inoltre, la separazione patrimoniale che si viene a creare dopo la dichiarazione di costituzione del patrimonio professionale, non rimuove la responsabilità personale del costituente. È per questo, d'altronde, che il legislatore, nel diritto delle imprese in difficoltà, ha previsto la possibilità di far valere la responsabilità personale dell'EIRL, nei casi visti precedentemente di *mala gestio* del patrimonio separato. Questa costante, ha spinto la dottrina a ricercare un principio generale per la responsabilità personale dell'imprenditore sul proprio patrimonio non separato, partendo esattamente dai casi indicati nel diritto delle imprese in difficoltà. L'ordinanza del 9 décembre 2010, infatti, ha previsto numerose forme di responsabilità personale dell'EIRL, sia di diritto civile, sia di diritto penale.

### 3.3.1 *La responsabilità personale dell'eirl coinvolto in una procedura collettiva*

L'ordinanza del Governo ha compiuto un'opera di adattamento del diritto preesistente al caso dell'EIRL. In particolare, non sono state modificate le sanzioni che, alla nascita del diritto fallimentare, erano applicate ai gerenti della società. I casi, che ora si applicano all'imprenditore individuale la cui attività si trovi in cattive acque, sono due: il fallimento personale e l'insufficienza di attivi. Il fallimento personale è ancorato all'apertura di una procedura di raddrizzamento o di liquidazione giudiziaria, così come previsto dall'articolo L. 653-1 del Code de Commerce<sup>204</sup>.

La pronuncia di fallimento personale suppone che l'imprenditore abbia commesso uno degli atti indicati dall'articolo L. 653-3 all'articolo L. 653-6, quali la dissimulazione di una parte degli attivi o l'aumento fraudolento delle passività.

Dal momento che il debitore è un EIRL, l'ordinanza del 9 décembre 2010 ha creato degli atti che caratterizzato i rischi legati alla specificità della sua impresa.

L'articolo L. 653-3, II, reprime i fatti caratteristici di una gestione poco diligente o

---

204 «I. - Lorsqu'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les dispositions du présent chapitre sont applicables : 1° Aux personnes physiques exerçant une activité commerciale ou artisanale, aux agriculteurs et 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. 2° Aux personnes physiques, dirigeants de droit ou de fait de personnes morales. 3° Aux personnes physiques, représentants permanents de personnes morales, dirigeants des personnes morales définies au 2°. Ces mêmes dispositions ne sont pas applicables aux personnes physiques ou dirigeants de personne morale, exerçant une activité professionnelle indépendante et, à ce titre, soumises à des règles disciplinaires. II. - Les actions prévues par le présent chapitre se prescrivent par trois ans à compter du jugement qui prononce l'ouverture de la procédure mentionnée au I».

abusiva del patrimonio sottoposto a procedura collettiva, così come il fatto di aver disposto di un bene del patrimonio separato come se facesse parte di un altro patrimonio in bonis. Non rientrando nella gestione corrente dell'impresa, questi atti sono imputati all'imprenditore, che ne risponderà personalmente. Così come l'amministratore di una società non può nascondersi dietro lo schermo di questa, così l'EIRL non potrà utilizzare la separazione patrimoniale come scusa per l'esclusione della sua responsabilità personale. Tuttavia, il fallimento personale, così come l'interdizione della gestione ex articolo L. 653-8, ha una natura particolare. Si tratta di sanzioni professionali<sup>205</sup>, esse dunque non hanno lo scopo di riparare ad un pregiudizio arrecato ai creditori, né hanno più la natura di sanzione penale. La Corte di Cassazione le ha definite come «misure di interesse pubblico»<sup>206</sup>, il fallimento personale, dunque, non riguarda la responsabilità civile dell'imprenditore in qualità di amministratore del patrimonio. Di conseguenza, non si può fare affidamento su questo istituto per la ricerca delle basi di un'eventuale responsabilità generale, fuori dai casi di imprese in difficoltà. La responsabilità per insufficienza di attivi, invece, permette di sanzionare il responsabile delle difficoltà finanziarie della sua impresa, perché ha commesso certi fatti durante la gestione. Prima della creazione dell'EIRL, si trattava di una sanzione applicabile esclusivamente agli amministratori di un persona giuridica. Con la modifica dell'articolo L. 651-1 del Code de Commerce operata dall'ordinanza del 9 décembre 2010<sup>207</sup>, si è venuta a creare la possibilità di applicazione all'imprenditore individuale a responsabilità limitata.

Non si tratta propriamente di una responsabilità civile, tuttavia, la sua natura e le sue conseguenze, permettono di lavorare per analogia. L'articolo L. 651-2 del Code de Commerce, esigendo che un errore di gestione abbia contribuito all'insufficienza di attivi, pone le tre condizioni per la sussistenza della responsabilità civile: un fatto, un danno ingiusto ed un nesso di causalità che li colleghi. Infatti, l'articolo in questione individua: un'insufficienza di attivi, un errore di gestione ed il collegamento fra di loro.

Per l'insufficienza, questa deve essere rapportata esclusivamente al patrimonio

---

205 V. A. JACQUEMONT. *Droit des entreprises en difficulté*. Paris: Litec, 2011 p. 609, prec. n.1082.

206 V. Cass. com., 16 Octobre 2007, n. 06-10.805, D 2007 p. 2666, note A.LIENARD

207 L'articolo L. 651-1 del Code de Commerce recita: «*Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux dirigeants d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective, ainsi qu'aux personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants personnes morales et aux entrepreneurs individuels à responsabilité limitée*».

sottomesso alla procedura fallimentare. Avendo a riguardo l'errore di gestione, nel silenzio delle norme, deve essere il giudice, che si trova ad analizzare il comportamento del soggetto, a effettuare una comparazione fra la gestione tenuta e quella richiesta dal buon amministratore. Si deve, in questo campo, raccogliere un maggior numero di pareri giurisprudenziali, al fine di capire quando sia il momento in cui l'errore dell'apprezzamento delle opportunità di amministrazione commesso al momento della presa delle decisioni divenga un errore di gestione a titolo di responsabilità civile dell'amministratore. Ancora più importante è stabilire il nesso di causalità fra le due cose, siccome l'errore di gestione deve aver contribuito all'insufficienza di attivo. In materia di diritto delle società, la Corte di Cassazione ha stabilito che la responsabilità dell'amministratore sussista anche se il fatto non sia che una delle cause dell'insufficienza, e anche che egli possa essere condannato per la totalità anche se il suo errore ha causato solo una parte dei danni<sup>208</sup>.

Questa modalità lascia di intendere il nesso di causalità fa pensare che la responsabilità per insufficienza di attivo sia da catalogare come una responsabilità civile di diritto comune particolare<sup>209</sup>.

Quando le tre condizioni sono appagate, l'EIRL potrà essere condannato a colmare l'insufficienza da lui causata. Ex articolo L. 651-2 del Code de Commerce, la sanzione inciderà sul patrimonio residuale dell'imprenditore, i suoi altri patrimoni separati, infatti, non avranno a subire alcuna sanzione di natura civile, salvo il caso di estensione della procedura collettiva dovuta a confusione dei patrimoni. Il caso di confusione, in particolare, mette in luce un aspetto di maggior severità dello statuto rispetto al diritto delle società, dove nessuna persona giuridica potrebbe mai trovarsi a sopportare i debiti di un'altra società. L'unicità della persona titolare di patrimoni distinti, allora, si rivela un elemento a disfavore dell'imprenditore.

Per contro, dal momento che la procedura venga aperta in ragione di un'attività connessa al patrimonio non separato, la responsabilità per insufficienza di attivo non potrà gravare sul patrimonio separato, che si troverà protetto. Come si vede, la responsabilità in questione risponda alle logiche della responsabilità civile, nonostante resti una responsabilità per i fatti della gestione del patrimonio professionale.

---

208 Cass. com., 30 Novembre 1993, n. 91-20.554, Bulletin Joly Sociétés, 1994, p. 410, obs. P. Pétel.

209 V. P-M LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*. Paris: Dalloz, 2009, coll. Dalloz action 2010-2011.

Questo meccanismo permette di dimostrare come, pure in un contesto di separazione patrimoniale, non sono state rimosse tutte le responsabilità personali dell'amministratore del patrimonio separato. L'idea viene poi rinforzata dalla previsione di sanzioni penali applicabili all'EIRL, che si andranno ad imputare sul patrimonio personale.

Si è già visto che esistono delle fattispecie penali, quali la truffa ed il falso, che possono configurarsi a seguito di una determinata condotta dell'EIRL; queste però, più che reprimere la *mala gestio* dell'imprenditore, si curano di proteggere la separazione delle garanzie dei vari creditori. Se, invece, si volesse sanzionare una gestione sbagliata, si dovrebbe ricorrere al delitto di organizzazione fraudolenta di insolvenza<sup>210</sup>.

Questo delitto non è proprio del diritto delle imprese in difficoltà, ed il nome è promettente<sup>211</sup>, perché fa pensare all'eventuale incriminazione di un EIRL che abbia orchestrato l'insolvenza fraudolenta del proprio patrimonio separato in difficoltà economica. Il problema sta nella difficile applicazione pratica di questa fattispecie. Poiché si configuri il delitto, infatti, è richiesto che l'agente sia stato colpito da una condanna di natura patrimoniale, pronunciata da un giudice penale o civile, in quest'ultimo caso, però, solo se in materia extracontrattuale o di alimenti. Ora, un EIRL che cerca di organizzare la propria insolvenza, è intento a sottrarsi all'esecuzione delle sue obbligazioni contrattuali, inoltre, il suo patrimonio separato non deve sopportare il peso degli assegni per gli alimenti. Per i debiti sorti da responsabilità extracontrattuale, se il patrimonio separato ha il solo effetto di limitare il rischio di impresa per il soggetto, questi ultimi si imputeranno al patrimonio personale e non risponderanno più alle condizioni imposte dall'articolo 314-7, perché riguarderanno un patrimonio diverso da quello interessato dal danno aquiliano.

---

210 Articolo 314-7 del Codice Penale: «*Le fait, par un débiteur, même avant la décision judiciaire constatant sa dette, d'organiser ou d'aggraver son insolvabilité soit en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, soit en diminuant ou en dissimulant tout ou partie de ses revenus, soit en dissimulant certains de ses biens, en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, prononcée par une juridiction civile, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. Commet le même délit le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale qui organise ou aggrave l'insolvabilité de celle-ci dans les conditions définies à l'alinéa précédent en vue de la soustraire aux obligations pécuniaires résultant d'une condamnation prononcée en matière pénale, délictuelle ou quasi délictuelle.*»

211 V. J-H ROBERT, *EIRL et droit pénal in EIRL. L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*. Paris: Litec, 2011, p. 192, prec. n. 453.

Laddove, invece, si ritenga che il patrimonio separato operi una vera e propria limitazione della responsabilità, i danni aquiliani dovranno essere risarciti per mezzo del patrimonio separato e si potrebbero creare le condizioni richieste dall'articolo del Codice Penale. Se queste condizioni vengono ad esistere, il reato si configura dal momento che l'imprenditore ha aumentato le proprie passività, dissimulato o diminuito i suoi attivi o i ricavi del patrimonio separato. In questo caso, l'ammenda si verrebbe ad imputare al patrimonio residuale. Ma se siamo arrivati a questa conclusione, è perché abbiamo sostenuto che il patrimonio professionale realizza una totale limitazione di responsabilità, di conseguenza, non sarebbe sostenibile che i debiti penali derivanti dalla gestione dell'impresa individuale ricadano sul patrimonio personale.

La via alternativa può essere ricercata nel diritto penale speciale, più precisamente nel delitto di bancarotta, previsto dagli articoli L. 654-1 e seguenti del Codice Penale. Questo reato sanziona i raggiri o le pratiche finalizzate a dissimulare la contestazione dello stato di cessazione dei pagamenti. Gli elementi costitutivi e le conseguenze della bancarotta, in particolare, permettono di arrivare a sostenere come la responsabilità penale sia una responsabilità personale.

Malgrado l'assenza di adattamenti del testo alla situazione dell'EIRL, questa infrazione può trovare applicazione anche al suo caso, grazie all'estensione operata dall'articolo L. 654-1 del Code de Commerce. La realizzazione di questa condotta richiede l'apertura di una procedura collettiva, l'imprenditore semplicemente in difficoltà o colpito da una procedura di salvaguardia giudiziaria non incorre, allora, nel rischio di bancarotta. Sussistente questa condizione obiettiva di punibilità, le cinque condotte che realizzano il delitto sono previste dall'articolo L. 654-2<sup>212</sup>, che prende in esame tutti gli errori intenzionali e fraudolenti della gestione. Si può constatare che la bancarotta sia un reato che comporta una responsabilità personale dal fatto che, all'EIRL, non è permesso nascondersi dietro lo schermo della separazione patrimoniale.

---

212 «*En cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, sont coupables de banqueroute les personnes mentionnées à l'article L. 654-1 contre lesquelles a été relevé l'un des faits ci-après: 1° Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds. 2° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur. 3° Avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur. 4° Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation. 5° Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales.*»

Di conseguenza, sembra logico che l'ammenda vada ad imputarsi sul patrimonio personale se si accetta il fatto che l'EIRL costituisca una limitazione del rischio di impresa e non la concessione, all'imprenditore, di una camera stagna in cui poter operare *ad libitum*. Questa soluzione è supportata dal fatto che, fra le pene accessorie, è prevista l'interdizione di esercitare l'attività, in occasione della cui gestione si è tenuto il comportamento delittuoso, e la pena del fallimento personale, ovvero dell'interdizione dall'amministrazione. Queste pene sono strettamente personali e, in particolare le ultime due, non sono limitate al patrimonio interessato dalla procedura.

### 3.3.2 *La base teorica per una responsabilità personale residuale dell'EIRL*

La legge del 15 juin 2010 ha previsto dei casi in cui sussiste una responsabilità speciale per la cattiva gestione del patrimonio separato, segnatamente i casi di mancato rispetto della separazione. Il passaggio teorico fondamentale, a questo punto, è l'astrazione generalizzante di una regola da questi casi specifici. Lo scopo è, dichiaratamente, quello di valutare la possibilità di dare una solida base alla teoria che, accanto alla riduzione del rischio di impresa, riconosca, comunque, una responsabilità residuale dell'EIRL sul suo patrimonio personale, la cui soppressione sembra impossibile da sostenere. Questo perché, da una parte, non esiste nessun esempio nel diritto francese in cui una cosa del genere sia prevista, dall'altra, perché, se il legislatore ha fatto dell'EIRL e del suo regime uno statuto derogatorio delle norme fondanti il diritto delle garanzie dei creditori, egli non ha previsto deroghe ai principi della responsabilità civile. Iniziando dal primo punto, va detto che non esiste alcun caso in cui un imprenditore, o più in generale un qualunque individuo, che gestisca un patrimonio separato da quello suo personale, possa vantare un'irresponsabilità per i fatti della sua gestione. Le norme del mandato prevedono la responsabilità personale del mandatario nel caso in cui egli non adempia gli obblighi connessi all'esecuzione del contratto, o, comunque, nel caso in cui compia degli errori nel corso gestione, così come stabilito dagli articoli 1991, comma 1, e 1992, comma 1, del Codice Civile<sup>213</sup>.

---

213 L'articolo 1991, al comma 1, prevede che : «*Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution*». L'articolo 1992, al comma 2, prevede, invece, che: «*Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion*».

Questa responsabilità ricade sul patrimonio personale del mandatario. Lo stesso nel caso dell'amministratore di una società, che è civilmente responsabile dei suoi errori nei confronti della società stessa, degli associati e dei terzi danneggiati<sup>214</sup>. Anche nel caso della fiducia, l'articolo 2026 del Codice Civile stabilisce il fiduciario è responsabile, con il suo patrimonio, degli errori che commette nell'esercizio della sua missione<sup>215</sup>. La soppressione della responsabilità civile dell'EIRL pare quindi un'ipotesi peregrina nell'ordinamento francese, il che è anche sottolineato dal regime imprenditoriale voluto dal legislatore. L'EIRL, infatti, va a derogare agli articoli 2284 e 2285 del Codice Civile, da ciò, non si può dedurre una deroga agli articoli 1382 e seguenti, che invece prevedono la responsabilità civile di diritto comune. D'altronde, la separazione patrimoniale è frutto di un atto unilaterale, il quale, stante la regola per la quale le clausole limitative o esonerative della responsabilità personale devono essere frutto di accordo, non potrebbe avere l'effetto in questione<sup>216</sup>.

Se si ammette che l'EIRL è personalmente responsabile per i fatti della gestione, bisogna determinare l'estensione di questa responsabilità. Prestando attenzione al caso dell'amministratore di una società, si può vedere come quest'ultimo risponda nei confronti dei terzi creditori per quei fatti che esorbitano dalla sue funzioni di gestione, mentre, per gli atti conformi ad esse, è il patrimonio sociale ad essere oberato dalla responsabilità. L'eventuale scelta di applicare per analogia questa distinzione fra atti dell'amministratore anche all'impresa individuale ha grande rilievo, perché va a determinare quale sia il patrimonio coinvolto. Al posto di prevedere casi puntuali di responsabilità dell'imprenditore, il legislatore avrebbe potuto prevedere una scala di gravità degli errori sanzionati, e la conseguente incidenza sul patrimonio separato o personale.

Nel silenzio della legge, è l'interprete ad essere chiamato a stabilire se l'EIRL sia responsabile personalmente sia dei fatti semplici della gestione che quelli che esorbitano dalle funzioni, o soltanto di questi ultimi.

---

214 V. l'articolo 1850 del Codice Civile: «*Chaque gérant est responsable individuellement envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises dans sa gestion. Si plusieurs gérants ont participé aux mêmes faits, leur responsabilité est solidaire à l'égard des tiers et des associés. Toutefois, dans leurs rapports entre eux, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage*».

215 «*Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission*».

216 V. F. TERRE, *La personne et ses patrimoines: des pépins par milliers* in JCP G 2010, n. 52, p. 1328.

Il fatto semplice è costituito da azioni o omissioni nella gestione, ossia errori anche leggeri, che avrebbero potuto pregiudicare il patrimonio separato o i terzi. I fatti invece sconnessi dalle funzioni dell'amministratore, invece, fondano la loro nozione nel diritto amministrativo, in cui sono descritti come particolari atti, compiuti dal organo dello stato, in cui viene a mancare la connessione fra l'agente e il pubblico servizio e perciò non è riconosciuto alcun'esonero di responsabilità. Questa definizione è stata, infatti, trasportata nel diritto societario e, per questo, quando l'amministrazione compie uno di questi atti, lo schermo della società viene meno e il dirigente è responsabile personalmente di fronte ai soci, al patrimonio sociale e ai terzi. La Corte di Cassazione, rivedendo un orientamento abbastanza indulgente, ha stabilito che gli atti in questione debbano essere caratterizzati dal compimento di un errore di particolare gravità, incompatibile con il normale esercizio della funzione sociale del dirigente e commesso, da questi, intenzionalmente<sup>217</sup>. La scelta fra fatto semplice o fra fatto distaccato dalle funzioni di amministrazione ha una conseguenza sui debiti che devono sopportare i patrimoni, di cui è titolare l'EIRL. Se si reputerà il fatto come semplice, il risarcimento sarà imputato al patrimonio non separato, dunque i creditori personali si vedranno affiancati dai creditori professionali lesi dal fatto, creando un pregiudizio ad entrambi.

Se invece si opta per il secondo tipo di fatti, solo quelle condotte caratterizzate dalla gravità richiesta dalla Corte Suprema costituiranno un aggravio della situazione del patrimonio non separato. Entrambe le scelte comportano il rischio della strumentalizzazione della giustizia civile: nel primo caso, i creditori professionali e personali, che condividono la garanzia data dal patrimonio personale, cercheranno in tutti i modi di ottenere la cessazione degli effetti della separazione; nel secondo caso, si cercherà di qualificare il fatto a seconda di quale sia il patrimonio più capiente del debitore. Va detto, però, che questa situazione non è causata dalla natura giuridica dell'istituto del patrimonio separato, ma sembra riconducibile ad una questione di politica giuridica, da risolvere per mezzo di un adeguamento delle norme.

La scelta del criterio per l'individuazione della responsabilità personale va ad influire, inevitabilmente, sull'estensione della stessa, ponendosi, dunque, come un fattore di successo o fallimento dell'EIRL.

---

217 V. Cass. com., 20 Mai 2003, n. 99-17.092; RECUEIL DALLOZ 2003, p. 2623, note B. DONDERO.

Sembra che solo il criterio del fatto esorbitante dalla propria funzione possa comportare una valida limitazione delle responsabilità. Altrimenti, accettare la soluzione per cui anche i fatti semplici, compresi quelli più leggeri, possano costituire responsabilità personale per l'EIRL, comporta che non vi sia più una vera e propria limitazione di responsabilità, rendendo così inutile l'intero dispositivo. Attraverso un'interpretazione teleologica, che muove le proprie mosse dalla consapevolezza che il legislatore ha affidato all'EIRL lo scopo di proteggere il patrimonio personale dell'imprenditore e della propria famiglia, non si può che sostenere la tesi degli atti esorbitanti la gestione. Inoltre, se si cercasse nella storia dei progetti alla base dello statuto, si troverebbe che già il rapporto Champaud ha preconizzato una forma di responsabilità limitata ai soli fatti gravi<sup>218</sup>. Affermare il contrario rischia di uccidere l'EIRL.

Si deve, per queste ragioni, prendere atto di due cose. La prima, non è possibile eliminare assolutamente la responsabilità personale in capo all'EIRL per i fatti della gestione del proprio patrimonio separato. Quale che sia l'intensità dell'errore richiesta per attivare la sua responsabilità, ci sarà sempre una tipologia di fatti connessi alla gestione dell'impresa capaci di avere ripercussioni sul patrimonio personale, la cui individuazione esula dalla natura della separazione, poiché deve essere frutto di una scelta politica. La seconda, l'EIRL mantiene una separazione patrimoniale sicura anche nel caso di procedure collettive, che, come si è visto nei paragrafi precedenti, si applicano in funzione del patrimonio e non in funzione della persona del debitore, come invece accade per l'EURL.

---

218 V. C. CHAMPAUD, *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée: Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier l'E.P.R.L. dans le droit français*, RTD Com., 1979, p. 579, *prec. n. 31*.

## CAPITOLO 4

### GLI SVILUPPI DELLO STATUTO

#### 4.1 L'interazione fra la dichiarazione di inapprensibilità e lo statuto dell'EIRL

A seguito di una pronuncia della Corte di Cassazione, la dichiarazione di inapprensibilità della residenza dell'imprenditore è stata riconosciuta come opponibile al liquidatore giudiziario prima dell'inizio della liquidazione giudiziaria, nonostante la dichiarazione fosse inopponibile a determinati creditori<sup>219</sup>. Presa alla lettera, questo pronuncia giurisprudenziale comporta che l'imprenditore possa effettuare una dichiarazione di inapprensibilità in considerazione della propria condizione economica fortemente degradata, poiché, comunque, l'immobile interessato dalla dichiarazione non può essere coinvolto dalla procedura collettiva. Questa possibilità ha portato taluni esperti a ritenere che l'istituto in questione avesse la capacità di rendere inutile l'intero meccanismo dell'EIRL, superandone la protezione. Il punto non regge, anzi, una vera protezione totale sarebbe possibile attraverso il ricorso al cumulo dell'inapprensibilità e del patrimonio separato. Teoricamente, niente impedisce all'imprenditore di procedere ad un cumulo dei due istituti, al fine di limitare al massimo il rischio di impresa. Se si va a ricercare nelle vicende che hanno portato alla nascita dell'EIRL, si scoprirà che l'Assemblea Nazionale ha sostenuto, modificando il progetto di legge, l'abolizione della dichiarazione di insaisissabilité, per tre ordini di ragioni<sup>220</sup>: 1) non aveva mai riscontrato il successo sperato, 2) l'assenza della possibilità di cumulo era un elemento di semplificazione dell'ordinamento, 3) lo strumento dell'EIRL era reputato più completo dell'altro. Tuttavia, a seguito della decisione presa dal senato, il testo licenziato dalle camere non ne ha previsto l'espunzione dal Code de Commerce, il che rende possibile per un EIRL procedere ad una dichiarazione di inapprensibilità sui beni immobili restanti nel patrimonio personale. In più, la separazione patrimoniale e le regole sulla ripartizione delle passività non si oppongono al cumulo perché questo permette di mantenere

---

219 V. Com. 28 juin 2011, n. 10-15.482, D. 2011 1751, obs. A. LIENHARD.

220 V. *Projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)* n. 2265 - Etude d'impact, 27 Janvier 2010.

l'impermeabilità della separazione patrimoniale, garantendo che i creditori professionali non possano aggredire i beni del patrimonio personale interessati dalla dichiarazione di inapprensibilità. Inoltre, cosa più importante, EIRL e dichiarazione realizzano entrambe un vincolo di destinazione; il primo, infatti, crea il vincolo a favore dell'attività professionale, la seconda, indirettamente, a favore del patrimonio non separato, sottraendo determinati beni ai creditori professionali. Interessante è notare come alla base di entrambi gli istituti, ci sia lo stesso meccanismo, ossia quello dell'inapprensibilità. La costituzione di un patrimonio separato rende inapprensibile determinati beni personali o familiari ai creditori professionali<sup>221</sup>, mentre la dichiarazione ex articolo L 526-1 del Code de Commerce permette di rendere loro inapprensibili gli immobili del patrimonio residuale<sup>222</sup>. Un tale cumulo permette, dunque, all'EIRL di ottenere gli effetti di una limitazione di responsabilità pressoché totale, impedendo ai creditori del patrimonio separato di aggredire i beni immobili che fanno parte del patrimonio personale. A questo, va aggiunto che l'ordinanza del 9 décembre 2010, con il dichiarato scopo di provvedere a limitare la possibilità di condotte fraudolente dell'EIRL, ha previsto numerosi casi di riunione patrimoniale, a seguito di cessazione degli effetti della dichiarazione di separazione. In vista di tale pericolo, l'imprenditore avrebbe una buona ragione per procedere alla dichiarazione di inapprensibilità. Questi, attraverso il cumulo, mette al riparo la propria dimora e tutti gli altri beni immobili personali dal rischio che, nel caso di una procedura collettiva, venga meno la ripartizione patrimoniale operata. Certo, la procedura travolgerà completamente il suo patrimonio perché, venendo meno la titolarità di due patrimoni a seguito di riunione, egli si ritrova nelle stesse condizioni dell'imprenditore individuale classico, ma la dichiarazione di inapprensibilità viene in suo soccorso impedendo al liquidatore di vendere i beni protetti. Questo cumulo di istituti ha anche alcuni risvolti positivi per i creditori dell'imprenditore. Pare inconcepibile, infatti, che colui il quale dispensi credito ad un imprenditore, si ritrovi senza alcun potere anche nel caso in la dichiarazione di inapprensibilità gli sia inopponibile. Innanzitutto, bisogna ricordare che la sentenza del 28 juin 2011 ha il merito di essere stata chiara su di un punto: la dichiarazione ex articolo L. 526-1 permette di superare la regola della confisca per il

---

221 L'effetto è comunque relativo, perché lo statuto prevede deroghe alla separazione patrimoniale.

222 L'effetto, in questo caso, è invece assoluto, poiché non conosce eccezioni, anzi esce rafforzato dalla sentenza della Corte di Cassazione indicata supra.

debitore nel caso dell'immobile dichiarato inapprensibile. Ciò significa che l'imprenditore non perde i suoi diritti su quell'immobile che resta alienabile nonostante l'avvio di una procedura collettiva, ma questo non significa che i creditori ai quali è inopponibile la dichiarazione possano aggredire il bene. Dal momento che loro dichiarano il loro credito durante la procedura, essi sono costretti al rispetto della disciplina collettiva, il che vuol dire lasciar cadere ogni domanda individuale nei confronti del debitore. L'idea che i creditori non toccati dalla dichiarazione di inapprensibilità possano aggredire l'immobile protetto non si concepisce che nel caso in cui, chi ha effettuato la dichiarazione, è anche EIRL. Grazie al suo statuto, l'imprenditore è titolare di due patrimoni separati, ne consegue che, quando si obbligano i creditori ad interrompere le azioni personali avviate nei confronti del debitore, si ha riguardo alle domande che coinvolgono il patrimonio separato, non quello personale. I creditori ai quali non è opponibile l'inapprensibilità, allora, possono, in certe condizioni, esperire azioni contro il debitore per via del suo patrimonio residuale, nel quale si trovano gli immobili inapprensibili. Ecco, dunque, una motivazione a sostegno del fatto che anche il creditore abbia vantaggi dal cumulo di questi due istituti, che renderebbe più veloce e snella la procedura per aggredire i beni in questione: se non ci fosse la separazione patrimoniale, i creditori dovrebbero attendere la fine della liquidazione per poter procedere con le domande personali, con l'EIRL le domande, invece, sono proposte in parallelo con la procedura. Questa soluzione, creerebbe, inoltre anche un vantaggio per l'imprenditore perché, venduto il bene immobile a seguito di azione da parte di creditore a cui non è opponibile la dichiarazione di inapprensibilità, l'eventuale differenza tra il ricavato della liquidazione e l'ammontare del debito viene a collocarsi, per effetto della surrogazione reale, nel patrimonio personale, dunque, è posto in salvo dalle pretese dei creditori professionali coinvolti nella procedura collettiva. Tale protezione, infatti, non sarebbe assicurata dalla sola dichiarazione di insaisissabilité, perché, ex articolo L. 526-3, comma 1<sup>223</sup>, in caso di vendita del bene immobile non si mantengono gli effetti della dichiarazione sul ricavato, salvo il caso in cui questo venga rimpiegato.

---

223 «*En cas de cession des droits immobiliers désignés dans la déclaration initiale, le prix obtenu demeure insaisissable à l'égard des créanciers dont les droits sont nés postérieurement à la publication de cette déclaration à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant, sous la condition du emploi dans le délai d'un an des sommes à l'acquisition par le déclarant d'un immeuble où est fixée sa résidence principale*».

## 4.2 Confronto fra EURL, auto-imprenditore ed EIRL

Il legislatore, nel suo continuo cercare una soluzione che limitasse i rischi connessi all'esercizio di un'attività economica e che stimolassero i consociati ad esercitare una professione connessa con il mondo dell'imprenditoria, ha prodotto numerosi istituti, che convivono parallelamente all'interno dell'ordinamento francese. Senza tenere conto delle statistiche o del favore accordato loro da parte degli imprenditori, questo paragrafo vuole metterli a raffronto, per poter capire quale istituto sia il più indicato all'esercizio di impresa, fra la creazione di una persona giuridica per mezzo di una SASU o EURL, la separazione patrimoniale dell'EIRL e lo statuto dell'auto-imprenditore. Di seguito, si è scelto di affrontare il discorso sui vari istituti, scegliendo di partire con il porre sotto la lente di ingrandimento lo statuto dell'auto-imprenditore, esso, infatti, è composto da quello che ritoveremo essere il nucleo centrale degli altri istituti. Per una questione di comodità espositiva, quindi, si girerà intorno a esso e lo si comparerà con gli altri. Successivamente, si passerà al confronto fra EURL ed EIRL, in particolare sul tema delle procedure collettive per l'impresa in difficoltà. I due istituti, infatti, non presentano grandi differenze quando l'attività è *in bonis*, bensì è possibile operare dei distinguo quando la situazione economica peggiora. Attualmente, chi, creando un'impresa, desidera esercitare un'attività in maniera indipendente, nella forma d'impresa o di società, si trova a dover contrastare una congiuntura poco favorevole, per via della crisi economica che non risparmia le piccole e medie imprese, a cui vanno aggiunti gli aggravii fiscali commisurati al loro giro di affari. Per venire incontro a queste esigenze, il legislatore ha pensato ad uno statuto dell'auto-imprenditoria, lanciato con la legge di modernizzazione dell'economica (LME) del 4 agosto 2008, con cui si accorta a determinati imprenditori senza alcun giro di affari, di non subire il peso degli oneri fiscali e sociali. Secondo l'articolo L. 123-1-1 del Code de Commerce<sup>224</sup>, l'auto-imprenditore è una persona fisica

---

224 «Par dérogation à l'article L. 123-1, les personnes physiques exerçant une activité commerciale à titre principal ou complémentaire sont dispensées de l'obligation de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés tant qu'elles bénéficient du régime prévu à l'article L. 133-6-8 du code de la sécurité sociale. Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions d'application du présent article et, notamment, les modalités de déclaration d'activité, en dispense d'immatriculation, auprès du centre de formalités des entreprises compétent, les conditions de l'information des tiers sur l'absence d'immatriculation, ainsi que les modalités de déclaration d'activité consécutives au dépassement de seuil. Les personnes mentionnées au premier alinéa dont l'activité principale est salariée ne peuvent exercer à titre complémentaire auprès des clients de leur employeur, sans l'accord de celui-ci, l'activité professionnelle prévue par leur contrat de travail».

che esercita un'attività commerciale senza essere iscritto nel Registro di Commercio e che, potendo beneficiare del regime fiscale del micro-imprenditore, ha optato per il regime ultra semplificato previsto dall'articolo L. 133- 6-8 del Codice della Sicurezza Sociale. Accede a questo regime anche chi esercita l'attività in maniera complementare o principale. Si prenda in considerazione, ai fini della comparazione con gli altri istituti, soltanto il caso dell'imprenditore che voglia esercitare l'attività a titolo principale: la libertà e l'autonomia di cui beneficia l'auto-imprenditore caratterizzano anche l'EURL, la SASU e l'EIRL, il che spinge ad interrogarsi sull'effettiva rilevanza, ai fini dell'esercizio di impresa, delle agevolazioni fiscali e giuridiche concesse in virtù della semplificazione ricercata dal legislatore. A queste agevolazioni, infatti, fa da contraltare il fatto che, a differenza dell'EIRL, l'auto- imprenditoria non offre possibilità di crescita all'attività imprenditoriale. In più, l'auto-imprenditore deve far fronte a dei rischi finanziari e giudiziari che non si presentano necessariamente con il ricorso agli altri istituti. Innanzitutto, dal momento che l'esercizio di un'attività principale costituisce il loro unico mezzo di sostentamento, la volontà dell'auto-imprenditore è quella di rendere perenne la propria impresa. La sopravvivenza di quest'ultima dipende anche dalla relazione fiduciaria che si viene a stabilire con i creditori e i clienti, e questo passaggio rischia di essere particolarmente difficile per l'auto-imprenditore, in ragione di due motivi. In primo luogo, manca una qualsiasi iscrizione dell'impresa: questa mancanza è stata introdotta perché pensata come una concessione a favore dello statuto ma che, in realtà, va a negare fattori di longevità riscontrabili negli altri istituti. Non sarà, ad esempio, possibile concludere un contratto di locazione commerciale<sup>225</sup> né uno di locazione-gestione del fondo di commercio o dell'attività artigianale. Chiaramente, una sede stabile del luogo di esercizio dell'impresa incide sulla aspettativa ispirata nelle controparti. L'EIRL, l'EURL e la SASU, invece, richiedendo l'iscrizione, favoriscono la creazione di un rapporto fiduciario con quest'ultime. Alla mancata previsione di iscrizione, si affianca anche il fatto che l'auto-imprenditore è esente dal regime dell'imposta sul valore aggiunto (TVA), dunque non ha una partita IVA per gli scambi intercomunitari e non potrebbe assicurare le controparti straniere, che, nell'esercizio di attività di import/export, potrebbero richiedergli la partita.

---

225 V. A. BRUDER, *Les avantages du statut d'auto-entrepreneur en matière de création d'entreprise*, JCP N 2009, n. 24, n. 1204.

Questi limiti nascono dal fatto che «l'auto-imprenditore è una risposta giuridica ad una questione più vasta di ordine sociale»<sup>226</sup>; marginalizzando la sorte dell'imprenditore e creando un sentimento di sfiducia intorno a lui, la forma di organizzazione auto-imprenditoriale non risponde alle esigenze di affidamento formulate dai creditori professionali. È, però, poco corretto dire che l'auto-imprenditore nasca e muoia all'interno del suo statuto, perché il legislatore riconosce lui alcuni mezzi per uscirne. In particolare, l'imprenditore ha la possibilità di procedere ad una trasformazione in società, il che avviene quando la cifra di affari supera il limite imposto per legge. Tuttavia, questo passaggio comporta una modifica degli obblighi finanziari, giuridici e contabili molto significativa; per evitarla, non c'è alternativa al rispetto della soglia imposta dal legislatore, il che frena tremendamente la crescita dell'impresa. Al contrario, la SASU, l'EURL e l'EIRL hanno la vocazione a crescere: la cifra dei loro affari non è limitata e può evolvere liberamente. Questa libertà conduce gli amministratori dell'impresa a condurre una politica imprenditoriale più orientata alle esigenze della società o dell'impresa, contando anche il fatto che una maggiore crescita di quest'ultima si riflette in maggiore ricchezza sua. La strada dell'auto-imprenditore nasconde ulteriori rischi di natura giuridica o di natura fiscale, sia nel momento della creazione, sia più avanti, quando c'è da gestire l'impresa. In particolare, il rischio giuridico più grave è sicuramente quello di incappare in una riqualificazione dell'istituto, come nel caso, ad esempio, di un imprenditore che eserciti la sua impresa nei locali di un altro soggetto e con i mezzi di questi: egli vedrà il contratto che lo lega a quest'ultimo, molto probabilmente riqualificato come un contratto di lavoro. Al fine di evitare questo pericolo, la soluzione consigliabile è quella di ricorrere all'esercizio dell'attività imprenditoriale nelle forme della società, l'immatricolazione richiesta, infatti, conferisce loro la personalità giuridica e si può rivendicare la piena autonomia. Si può ugualmente fare ricorso alla separazione patrimoniale prevista dall'articolo L. 526-6 del Code de Commerce. Passando ora al confronto fra EURL ed EIRL, va detto che, a prima vista, i due istituti si distinguono nettamente fra di loro, malgrado lo scopo comune. Tra l'altro, il legislatore ha, sin dalla creazione dell'imprenditore individuale a responsabilità limitata, desiderato che il patrimonio separato fosse un'alternativa alla creazione di una persona giuridica.

---

226 V. A. POMADE, *L'auto-entreprenariat : une solution à la création d'entreprise ?*, REVUE DES SOCIÉTÉS, nov. 2010, pag. 496.

La differenza vera è propria fra gli istituti societari e l'imprenditore individuale che costituisce un patrimonio separato è data, in realtà, dall'adattamento alle procedure collettive, realizzato per mezzo dell'ordinanza del 9 dicembre 2010. In particolare, questo intervento del governo ha messo a frutto la rottura dell'unicità patrimoniale, trasportandola nel campo del diritto fallimentare.

Il risultato è dato dal superamento dell'unicità delle procedure e dalla patrimonializzazione delle stesse. Nel momento in cui si apre una procedura nei confronti dell'EURL, si pone l'attenzione sulla persona giuridica debitrice, ossia la società, nel rispetto della proporzione classica: unicità di patrimonio, unicità di procedure. Il perimetro del patrimonio aggredibile da parte dei creditori è dato dall'estensione del patrimonio sociale stesso, i creditori che possono partecipare alla procedura sono esclusivamente i creditori sociali. Nell'EURL che esercita un'attività imprenditoriale attraverso la separazione patrimoniale, invece, i creditori devono essere individuati non in ragione del tipo di rapporto che hanno con l'imprenditore, bensì in relazione al criterio dell'opponibilità a loro della dichiarazione di separazione.

Da un lato si trovano i creditori a cui la dichiarazione è opponibile, dall'altro quelli a cui essa non lo è e la cui garanzia è estesa su entrambi i patrimoni dell'imprenditore. Il fatto che i creditori coinvolti nelle difficoltà di un'impresa siano più di una categoria, come invece avviene nell'EURL, comporta inevitabilmente una modifica del perimetro della procedura, basato sul novellato articolo L. 680-2 del Code de Commerce, dalla cui lettura si deduce l'esistenza di due casi particolari. Il primo caso è quello in cui la procedura è aperta nei confronti di un imprenditore in nome proprio, la cui attività esercitata nelle forme dell'EURL è, invece, *in bonis*. I creditori, in questo caso, saranno tutti coloro il cui credito è nato nei confronti del patrimonio non separato, che costituisce anche il limite per le pretese dei creditori coinvolti. Questa limitazione, però, conosce anche un'eccezione sorprendente, perché la legge del 15 juin 2010 ha previsto che, in caso di insufficienza del patrimonio personale, i creditori possono aggredire i guadagni realizzati dall'EURL nell'ultimo esercizio concluso. I creditori dell'imprenditore, nel caso in questione, vantano un diritto che è nato all'infuori del patrimonio separato, venendo a tutti gli effetti ad essere equiparati ai creditori personali citati dall'articolo L. 526-12, ultimo comma, che disciplina la suddetta eccezione.

Questi creditori vengono a rosciare le garanzie dei creditori professionali.

La situazione dei creditori preesistenti che hanno fatto opposizione alla dichiarazione solleva delle questioni, in merito a quale patrimonio debba sopportarne il debito, dato che la separazione patrimoniale non trova applicazione a loro. Per quanto riguarda il diritto di azione sul patrimonio non separato, il fatto che il loro credito è nato su questo patrimonio, fa protendere verso la soluzione che li sottomette alla procedura collettiva, salvo rinuncia ad essere soddisfatti così. Per il patrimonio separato, invece, resta da capire se essi possono reclamare il loro credito complessivo, anche se hanno aderito alla procedura collettiva nei confronti dell'altro patrimonio attraverso la dichiarazione di passivo. Se si aderisce alla tesi per cui la dichiarazione è uno strumento per evitare di essere esclusi dalla procedura collettiva, non si può concludere per l'equivalenza fra dichiarazione e rinuncia ad agire sul patrimonio separato; vige solo l'obbligo di informare il curatore di tutte le azioni intraprese nei confronti dell'EIRL.

#### **4.3 La trasformazione dell'EIRL in società**

In questi anni successivi all'ingresso nell'ordinamento dello statuto dell'EIRL, il legislatore si è mosso lungo due direttive: la prima era quella che portava all'armonizzazione dell'istituto in questione con le altre norme del diritto commerciale; la seconda, invece, puntava alla sempre maggiore semplificazione del regime delle SARL unipersonali. Questi interventi di semplificazione hanno prestato attenzione al caso dell'imprenditore che, avendo avviato la propria attività attraverso la creazione di un patrimonio separato, decida di costituire una società per poter sfruttare le potenzialità derivanti dalla creazione di una persona giuridica. Così operando, gli aspiranti EIRL sono portati a considerare il novo statuto come l'anticamera delle società, decidendo di sperimentare la titolarità di due patrimoni distinti prima di separarsi dal patrimonio separato, che va a confluire nel patrimonio sociale. Infatti, se l'imprenditore è lanciato negli affari ed ha bisogno di svilupparsi, potrebbe trovare il sistema dell'EIRL poco adeguato alle istanze di crescita rispetto ad una società unipersonale. Questo concetto risulta chiaro non appena si considera che l'imprenditore può, per far sviluppare la

propria impresa, aumentare semplicemente il capitale sociale della sua EURL, mentre l'EIRL è costretto a seguire tutta la particolare procedura analizzata nel capitolo II. Oppure, l'amministratore di una società unipersonale può decidere di ricercare fuori i capitali per la propria impresa e trasformare l'EURL in SARL, accogliendo nuovi associati, laddove l'EIRL rimane sempre un imprenditore individuale. Questa superiorità è in parte garantita dalla personalità giuridica di cui gode una società; in effetti, bisogna ricordare come la creazione di un altro soggetto di diritto permette di superare i limiti connessi alla persona fisica dell'imprenditore, assicurando perennità all'attività imprenditoriale.

Ad esempio, l'imprenditore individuale è ogni giorno sottoposto ai rischi aleatori della liquidazione del regime matrimoniale a seguito di divorzio<sup>227</sup> mentre, nelle società unipersonali, in caso di divorzio, se il socio ha conferito un bene indiviso al patrimonio sociale, si procede ad una vendita di una parte del bene affinché l'imprenditore possa liquidare al consorte la propria parte, senza mettere in pericolo la propria impresa. Inoltre, nel caso di una successione *mortis causa*, gli eredi non possono mettere in discussione l'esistenza della società perché avviene una distribuzione fra di loro dei diritti sociali; il decesso dell'EIRL, contrariamente, comporta la liquidazione del patrimonio separato, salvo che uno degli eredi non esprima la propria volontà di continuare la conduzione dell'attività di impresa. Per il passaggio alla società, la base della disciplina è rinvenibile nello stesso statuto dell'EIRL, che, pur senza qualificare chiaramente l'operazione, ha previsto la possibilità di una trasmissione a titolo oneroso del patrimonio a favore di una società. Questa base però non è sufficiente, perché, vista la particolare natura del patrimonio dell'EIRL, non sembra possibili un'applicazione *tout court* delle regole per il conferimento di beni ad una società; si dovrà, allora, ragionare per analogia. Attraverso l'articolo L. 526-17, III, del Code de Commerce, il legislatore si è accontentato di descrivere quali siano gli effetti principali del trasferimento.

La prima cosa che salta all'occhio, dall'analisi dell'articolo, è l'assenza di similitudini fra il conferimento di un'impresa individuale e quello del patrimonio separato, cui fa da contraltare la presenza di analogie con la fusione di società.

---

<sup>227</sup> Se l'attivo netto della comunione dei beni non è sufficiente, all'imprenditore non verrà attribuita l'impresa salvo che disponga dei mezzi necessari per acquistarla al prezzo corrispondente alla parte di comunione dovuta al congiunto.

Il conferimento in natura di un'impresa individuale classica comporta un trasferimento di proprietà a favore della società beneficiaria, che è considerata alla stregua di un avente causa a titolo particolare.

Ovviamente le parti possono liberamente determinare l'estensione del conferimento dell'impresa.

Al fondo di commercio, ad esempio, può essere affiancato un immobile: nulla rileva, perché tanto ogni elemento seguirà il regime stabilito per esso e, nel caso dell'esempio, l'immobile richiederà il compimento delle formalità pubblicitarie.

Al contrario, il conferimento dell'EIRL avviene nella sua globalità ed esclude le regole che disciplinano il trasferimento del fondo di commercio<sup>228</sup>. In particolare, se in materia di conferimento in natura di un'impresa non si può immaginare un trasferimento diretto dei debiti (il conferimento, infatti, si limita ai soli attivi dell'impresa e quindi implica una liquidazione, secondo la procedura stabilita dall'articolo L. 141-22 del Code de Commerce<sup>229</sup>), per l'EIRL risulta che il trasferimento avviene a titolo universale, il che comporta un trasferimento in blocco sia degli attivi, che delle passività. Se sulla carta le cose prevedono questa differenza, però, nella pratica si ammette che si possa conferire un fondo di commercio alla società stipulando espressamente una dichiarazione con cui la società si impegna a far fronte al passivo dell'impresa.

Questa dichiarazione, ad esempio, può risultare dall'atto costitutivo della società, il che comporta la stessa sicurezza che, la dichiarazione di credito ex articolo L. 141-22, assicura ai creditori. In effetti, la Corte di Cassazione ha avuto modo di precisare che il conferimento del fondo non comporta la novazione per sostituzione del debitore<sup>230</sup>. C'è quindi una contraddizione evidente con l'effetto prodotto dal trasferimento del patrimonio separato: è evidente rilevare le difficoltà che può incontrare colui il quale

---

228 V. articolo L. 526-17, III, Code de Commerce.

229 «Dans les dix jours de la dernière en date des publications prévues aux articles L. 141-12 et L. 141-13, tout créancier non inscrit de l'associé apporteur fait connaître au greffier du tribunal de commerce de la situation du fonds, sa qualité de créancier et la somme qui lui est due. Le greffier lui délivre un récépissé de sa déclaration. A défaut par les associés ou l'un d'eux de former dans la quinzaine suivante une demande en annulation de la société ou de l'apport, ou si l'annulation n'est pas prononcée, la société est tenue, solidairement avec le débiteur principal, au paiement du passif déclaré dans le délai ci-dessus et justifié. En cas d'apport d'un fonds de commerce par une société à une autre société, notamment par suite d'une fusion ou d'une scission, les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsqu'il y a lieu à application des articles L. 236-14, L. 236-20 et L. 236-21 ou lorsque est exercée la faculté prévue à l'article L. 236-22».

230 V. Com. 27 janv 1998, Dalloz. Affaires 1998. 411, obs. A.-L. M.-D.

conferisce il fondo di commercio in favore della società; in caso di conferimento in natura classico, infatti, egli continua a gestire il proprio fondo, fino alla formazione della società, e le passività prodotte in questo intermezzo dovranno fare oggetto di un'ulteriore dichiarazione con cui la società si fa carico di esse. Il trasferimento universale che opera per l'EIRL, invece, non conosce questi problemi; il conferimento dell'EIRL in società trasferisce, non un bene, bensì un patrimonio. Se si guarda al parere della giurisprudenza, si può vedere come la Corte di Cassazione ha impiegato questo criterio per distinguere fra il conferimento di un'impresa e la fusione di società<sup>231</sup>. Per questa ragione, è più redditizio lavorare per analogia con quest'ultimo istituto, al fine di creare un tutt'uno del passaggio in società dell'EIRL. La fusione corrisponde all'operazione con la quale una società ne assorbe un'altra; il risultato, quindi, è una sola ed unica società (le regole per l'operazione sono contenute negli articoli L. 236-1 e seguenti del Code de Commerce). Sul piano giuridico, la fusione realizza il trasferimento universale del patrimonio della società assorbita, esattamente come nel caso di conferimento di un EIRL. Ovviamente, questo comporta la fine dell'esistenza della persona giuridica assorbita.

Per poter concludere il discorso sul passaggio dall'EIRL alla società, si deve analizzare anche quali siano i diritti che sorgono in capo alle parti che operano in tal modo e quale sia la protezione accordata ai terzi per il conferimento. Iniziando dalla protezione dei terzi, il primo caso è quello del congiunto dell'imprenditore; l'articolo L. 526-17 del Code de Commerce non fa menzione del congiunto che abbia acconsentito alla destinazione del bene in comune, tacendo un problema non irrilevante: si è detto che la destinazione di un bene comune, non ne altera la natura<sup>232</sup>, tuttavia il patrimonio separato mantiene la sua autonomia, non diventa, quindi, un patrimonio comune agli sposi. Al momento del conferimento del patrimonio, non può che sorgere il problema del sacrificio a cui eventualmente condannare il coniuge. Le soluzioni praticabili sono due: o si applica l'articolo 1832-2 del Codice Civile<sup>233</sup>, che impone il consenso del

---

231 V. Com. 9 nov. 2010, D. 2010.2702, obs. A. LIENHARD.

232 V.P. SIMLER, EIRL et communauté de biens entre époux, JCP 2011. 4, pag. 11.

233 «Un époux ne peut, sous la sanction prévue à l'article 1427, employer des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts sociales non négociables sans que son conjoint en ait été averti et sans qu'il en soit justifié dans l'acte. La qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition. La qualité d'associé est également reconnue, pour la moitié des parts souscrites ou acquises, au conjoint qui a notifié à la société

consorte nel caso di conferimento alla società di un bene indiviso e che ben potrebbe costringere l'EIRL a liquidare il proprio patrimonio nel caso in cui il consenso venga a mancare, o applicare per analogia la disciplina prevista per il trasferimento dei contratti *intuitu personae*.

In quest'ultimo caso, la giurisprudenza ammette un'eccezione al trasferimento universale operato dalla fusione; il bene non è trasmesso automaticamente e, in mancanza del consenso dell'interessato, esso è escluso dall'operazione senza, peraltro, rimettere in causa la fusione progettata per quel che resta del patrimonio. Stabilendo un parallelo fra questo caso e quello del coniuge contitolare di un diritto indiviso con l'imprenditore, si potrà dire che un bene utile (non avrebbe senso parlare di un bene necessario perché, in mancanza di quest'ultimo, l'impresa non potrebbe esistere come tale) sia richiesto il consenso del coniuge, senza che il suo diniego possa impedire il trasferimento universale dell'EIRL; la protezione del congiunto verrebbe così assicurata dal fatto che il bene reintegrerà il patrimonio familiare. Nel silenzio dello statuto dell'EIRL, questa accezione di contratto *intuitu personae* si rivela la scelta vincente, anche in previsione del più favorevole regime fiscale nel caso in cui non sia trasferita una pluralità di beni, come nel caso della liquidazione del patrimonio, ma un intero ramo di azienda o un'impresa. Se si ricorre a una interpretazione letterale, l'articolo L. 526-17, III, si limita ad affermare il principio secondo il quale il conferimento ad una società di un'EIRL corrisponde a una trasmissione universale della proprietà del patrimonio separato, senza che venga mantenuta la destinazione.

Il terzo comma prevede che le persone giuridiche beneficiarie del conferimento si sostituiscano alla posizione dell'imprenditore senza che ciò comporti una novazione delle obbligazioni. Pensando agli effetti della trasmissione, si può osservare come, sempre per se ci limitassimo alla sola interpretazione letterale delle norme, la società beneficia degli apporti si ritrovi proprietaria di tutti i beni del patrimonio e, soprattutto, creditore di tutti i debitori dell'EIRL, senza che siano state compiute le formalità, previste

---

*son intention d'être personnellement associé. Lorsqu'il notifie son intention lors de l'apport ou de l'acquisition, l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux époux. Si cette notification est postérieure à l'apport ou à l'acquisition, les clauses d'agrément prévues à cet effet par les statuts sont opposables au conjoint ; lors de la délibération sur l'agrément, l'époux associé ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Les dispositions du présent article ne sont applicables que dans les sociétés dont les parts ne sont pas négociables et seulement jusqu'à la dissolution de la communauté».*

dall'articolo 1690 del Codice Civile<sup>234</sup>, in materia di cessione del credito; questo perché l'articolo L. 526-17 del Code de Commerce non regola queste formalità.

Ora, da questo silenzio, alcuni hanno fatto derivare la soggezione della procedura alle regole del codice civile in materia di cessione del credito<sup>235</sup>, altri, invece, ne hanno dedotto un'esclusione<sup>236</sup>.

Nel caso in questione, rifarsi alle norme della fusione di società può agevolare l'interprete; in principio, nel quadro delle operazioni di conferimento parziale o di fusione, tutti i contratti che riguardano il ramo di attività o la società assorbita sono trasmessi senza il compimento di ulteriori formalità, salvo il caso dei contratti *intuitu personae*. La strada intrapresa dall'ordinamento francese sfrutta la teoria dell'abuso di diritto, dunque, il controparte ceduta deve avere un motivo legittimo per rifiutare il trasferimento del suo contratto.

Ne consegue che, i giudici dovranno considerare le modifiche delle modalità di esecuzione del contratto che potrebbero avere ripercussioni sul contraente ceduto ai fini della fusione: un'opposizione, in assenza di reali modificazioni significative, dovrà essere qualificato come abuso di diritto. Nell'ipotesi di un imprenditore che crea un EURL, a cui conferisce il proprio patrimonio separato, ad esempio, motivazioni legate alla persona del creditore, per i contratti *intuitu personae*, non possono essere opposte; nel caso di una SARL, invece, per arrivare alla stessa conclusione saranno necessari maggiori riflessioni. Comunque, stante il principio già visto nel caso del congiunto che non accetta il conferimento alla società di un bene comune, nel caso in cui non sia possibile trasferire un singolo rapporto contrattuale non ci saranno impedimenti per l'operazione in generale. La trasmissione delle passività, invece, è stata interiorizzata meglio dal legislatore; le norme che si applicano all'EURL sono quelle previste per la fusione dall'articoli L. 236-14, con la precisazione che si deve tenere conto della dualità dei creditori del patrimonio separato. Ex articolo L. 526-17, III, comma 4, i creditori i cui diritti sono nati in occasione dell'esercizio dell'attività professionale alla quale il patrimonio è stato destinato e, comunque, prima delle formalità pubblicitarie previste per il trasferimento

---

234 «Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique».

235 V. J. PRIEUR e D. COIFFARD, Le patrimoine professionnel affecté: l'EURL, JCP N 2010. 1390.

236 M. BILLIAU et G LOISEAU, Régime de l'obligation, JCP G 2010. 1040.

dell'EIRL, possono fare opposizione. Inoltre, prima di dichiarare il trasferimento inopponibile, il beneficiario del conferimento ha la possibilità di offrire il rimborso anticipato ai creditori oppositori, ovvero di fornire delle garanzie personali per assicurarli sulla solvibilità del nuovo debitore. Solo dopo che questi strumenti si sono rivelati inutili, l'opposizione potrà essere ammessa e comporterà l'inopponibilità della trasmissione a quei particolari creditori, così come l'articolo L. 256-14 del Codice Civile prevede l'inopponibilità della fusione ai creditori della società conferente. Avendo riguardo ai titolari del diritto di opposizione al conferimento dell'EIRL, il legislatore, poi, non ha considerato quei creditori ai quali, *ab initio*, la dichiarazione di costituzione del patrimonio separato non opponibile.

Non è possibile, dal silenzio, ricavare *tout court* una loro esclusione dall'opposizione al conferimento, perché ciò andrebbe a discapito di questi ultimi senza che il testo di legge stabilisca espressamente così. Allora, laddove l'opposizione sia reputata accettabile, non solamente essi beneficiano di un diritto sul patrimonio separato, ma anche di un diritto sui beni personali dell'imprenditore, nel caso di fallimento della società. Questa soluzione richiama quella prevista nel caso di conferimento parziale di attivi sottoposto al regime della scissione, in merito alla solidarietà fra apportante e beneficiario<sup>237</sup>. Qui, però, la società apportante rimane obbligata per il resto del suo patrimonio legato ai rami dell'azienda non trasmessi e gli associati rimangono protetti dallo schermo dato dalla personalità giuridica della società. L'EIRL si ritrova, invece, obbligato a far fronte, con il proprio patrimonio personale, alle pretese dei creditori oppositori alla dichiarazione di separazione, nel caso in cui la società a responsabilità limitata non abbia adempiuto alle obbligazioni assunte con il trasferimento dell'EIRL. Ne risulta, perciò, un grave squilibrio ed rischio concreto per le parti dell'operazione di conferimento. Per quanto riguarda il rispetto delle regole formali, il conferente deve redigere la descrizione dei beni, diritti, obbligazioni e garanzie che compongono il proprio patrimonio separato, così come previsto dagli articoli L. 526-17, III, comma 1, e R 526-13, n. 2, del Code de Commerce<sup>238</sup>; a seguito di ciò, deve procedere a pubblicare un avviso del trasferimento

---

237 V. Com12 déc 2006, D. 2007.27, obs. A. LIENHARD.

238 Il n. 2 dell'articolo R 526-13 prevede che: «*s'agissant du cessionnaire ou du bénéficiaire de l'apport, personnes morales : la raison sociale ou la dénomination sociale suivie, le cas échéant, du sigle, de la forme, de l'adresse du siège, du montant du capital et du numéro unique d'identification de l'entreprise délivré conformément à l'article D. 123-235, ainsi qu'un état descriptif indiquant la valeur de l'actif, du passif et des sûretés composant le patrimoine affecté, actualisé*

dell'EIRL nel patrimonio della società a cui si vuole associare, o che vuole costituire. La descrizione dei beni altro non è che una tabella in cui si riportano i valori positivi e negativi che caratterizzano il patrimonio<sup>239</sup>; comprende, infatti, il valore globale degli attivi, la lista delle garanzie di cui beneficia l'imprenditore e la cifra totale dei crediti vantati, ma anche, il valore globale delle passività, più l'indicazione dei beni destinati gravati da garanzie reali.

Inoltre, i dati riportati devono essere attuali, ossia, devono essere ricavati dalla contabilità dell'ultimo esercizio chiuso. Passando, invece, alla protezione della società dai rischi di una sopravvalutazione del patrimonio separato, va detto che, nel caso in cui il beneficiario del conferimento dell'EIRL incappi in un vizio occulto, incidente sul valore complessivo del patrimonio, non c'è una forte tutela per la società. La giurisprudenza, in particolare, ha un'interpretazione piuttosto restrittiva della nozione di vizio occulto.

Nel diritto di società, questo si intende essere un vizio che affligge il patrimonio, tale da renderlo inadatto all'utilizzo voluto dalle parti sociali. Nel sistema delle fusioni, le parti del contratto possono prevedere delle garanzie convenzionali, attraverso di esse, essi aggiungono una clausola del contratto il cui oggetto è la garanzia del valore degli attivi. Inoltre, è possibile stipulare una clausola con cui si prevede di adattare il prezzo alla totalità dei debiti, calcolati nel momento della cessione, permettendo all'acquirente di beneficiare di un aumento delle passività della società ceduta, o al dante causa di arricchirsi per una loro diminuzione. Sono le clausole che nel mondo commerciale vengono dette di *earn out*<sup>240</sup>, esse effettivamente garantiscono una protezione convenzionale alle due parti, ma richiedono inevitabilmente il contributo di un esperto, vista la loro complessità. Ciò malgrado, non si potrà che ricorrere ad esse nei casi in cui una società benefici del conferimento di un patrimonio separato, visto che, stante la natura di universalità giuridica di universalità di diritto attribuitagli, esso si compone sia di

---

*à la date de la clôture du dernier exercice comptable, établi dans des formes prévues par arrêté conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé de l'économie».*

239 V. articolo L. 526-3 del Code de Commerce e l'arrêté del 29 décembre 2010.

240 L'*earn out* è un sistema di clausole contrattuali che puntano a ridurre il rischio derivante a una società dall'acquisto di un'altra. Questi sistemi di "pagamento in più tranches" traggono la propria origine storica nella difficoltà di valutare le performance future delle società tecnologiche degli anni Novanta. Un mancato accordo sul prezzo, incertezze sul futuro di una società o sulla sua integrazione con quella dell'acquirente spingono quest'ultimo a proporre al venditore un pagamento in parte fisso e in parte variabile e subordinato a determinate condizioni. La parte fissa del pagamento per la società acquisita è corrisposta al perfezionamento dell'acquisizione (al cosiddetto *closing* dell'operazione). La parte variabile è versata al termine di un periodo variabile in ragione delle performance ottenute dalla società acquisita in un periodo prestabilito.

attivi che di passivi. Tuttavia, si deve ricordare che, per fare l'inventario del passivo di un EIRL conferito, le parti hanno la possibilità di sfuggire alle difficoltà derivanti dalla cessione parziale di attivi, prevista nel caso di fusioni e scissioni: l'EIRL, infatti, ha l'obbligo di tenere una contabilità separata da tutte le altre gestite dall'imprenditore e deve avere un conto corrente esclusivamente dedicato all'attività imprenditoriale esercitata.

Purtroppo, il legislatore non è stato più chiaro nella disciplina del conferimento di un patrimonio separato, il che lascia spazio ai tentativi costruttivi degli interpreti. Potrebbe essere che la giurisprudenza, ovvero l'amministrazione del fisco in materia di obblighi fiscali derivati da questa operazione, negli anni a seguire sconfessi gli orientamenti che attualmente si stanno sedimentando in dottrina, avvalorando pratiche diverse.

La stessa idea di assoggettare la disciplina del conferimento a quelle regole previste per il conferimento parziale di attivi in materia di fusione potrebbe essere messa in discussione. Ad oggi è ancora presto per poter affermare, con certezza, quale sia il futuro dell'istituto giuridico.

#### **4.4 L'evoluzione dello statuto negli ultimi anni**

Lo statuto dell'EIRL è stato interessato, negli ultimi due anni in particolare, da piccole correzioni, volute dal legislatore per renderlo più attraente agli occhi degli imprenditori. Voci che chiedevano modifiche o aggiunte, per superare i problemi e le lacune individuate dalla dottrina, si sono sollevate sin dai primi giorni di vita dell'imprenditore individuale a responsabilità limitate, tanto da far pensare che lo statuto fosse nato monco. Proseguendo con l'analisi delle modifiche intervenute nel tempo, ci si accorge che si è scelto di intervenire su aspetti accessori allo statuto, al fine di rendere più snella la modalità di creazione e di gestione da parte dell'EIRL del suo patrimonio separato. Non sarebbe azzardato, invero, dire che ad oggi le questioni che affliggevano lo statuto sono rimaste pressoché immutate e, soprattutto, irrisolte; si potrebbe dire, *apertis verbis*, che il legislatore ha cercato di mutare la disaffezione degli imprenditori per questo statuto con interventi pubblicitari, tali cioè da curare l'appeal senza porre freno alle pericolose mancanze di sicurezza sottolineate nei capitoli precedenti. Il tutto con l'idea che

mutare il regime della tenuta della contabilità, o del deposito della dichiarazione di separazione, possa sopperire alla scarsa tutela giuridica che comportano le lacune del testo di legge. Il primo atto di revisione dello statuto è stato la redazione del Rapporto Grandguillame, dal nome del deputato del *Parti socialiste*, Laurent Grandguillame, che il 17 dicembre 2013 ha consegnato il suo rapporto sull'imprenditoria individuale a Sylvia Pinel, ministra dell'artigianato, del commercio, del turismo, e Fleur Pellerin, ministra incaricata, tra l'altro, per le piccole-medie imprese<sup>241</sup>.

La più significativa raccomandazione, in particolare, era indirizzata alla creazione di uno statuto giuridico unico dell'impresa individuale, dotata di personalità giuridica e di un proprio patrimonio, sottomesso alle previsioni del Code de Commerce, fatta esclusione quelle norme che avrebbero trovato esclusiva applicazione nel diritto societario. L'idea era a dir poco audace, poiché avrebbe portato alla distinzione dell'uomo dalla propria impresa, obiettivo mai raggiunto appieno sul piano giuridico (anche l'EIRL, va detto, non ha avuto mai questa pretesa, ma, a detta dei suoi creatori, servirebbe semplicemente a creare una limitazioni della responsabilità in capo all'imprenditore). Le conseguenze di questo sarebbero state molto rilevanti; l'abitazione principale, ad esempio, sarebbe stata, di *default*, resa inapprensibile, senza bisogno di un'ulteriore dichiarazione. Lo statuto unico, preconizzato nel rapporto, avrebbe portato alla scomparsa di tutte le altre forme imprenditoriali unipersonali, ossia l'impresa individuale, l'EURL e l'EIRL. Accanto a questo repulisti, lo statuto giuridico unificato avrebbe introdotto un sistema fiscale completamente nuovo, declinato in due regimi, accorpendo, così, gli oneri fiscali a quelli sociali. Il primo dei due regimi doveva essere quello, cosiddetto, reale; esso corrispondeva, nei piani dell'ideatore, al regime esistente per gli imprenditori individuali amministratori di maggioranza delle società.

L'originalità, sul piano fiscale, risiedeva nel fatto che si sarebbe dovuta creare una nuova imposta sulle imprese, *IE*, equivalente alle imposte sulla società. Per gli aspetti delle imposte societarie, il regime sarebbe stato simile a quello attuale previsto dal diritto comune.

L'assetto sarebbe stato semplificato, in più, per evitare ricadute sulle entrate derivate dagli oneri sociali per gli indipendenti, *RSI*, non si sarebbe prevista la soppressione di

---

241 Il rapporto è intitolato «*Entreprises et entrepreneurs individuels - Passer du parcours du combattant au parcours de croissance*».

un'imposizione minima, visto che i professionisti indipendenti sono tenuti, tutt'oggi, a pagare un'imposta anche senza che essi abbiano prodotto reddito. Il secondo regime sarebbe stato forfettario, il che richiamava il regime a cui sottostanno attualmente i micro-imprenditori e gli auto-imprenditori. Secondo lo statuto giuridico unificato, la creazione di una nuova attività si sarebbe fatta attraverso una dichiarazione di intenzione, che avrebbe dato luogo a un'immatricolazione provvisoria, in attesa della prima dichiarazione dei redditi prodotti. Soltanto a partire dal momento del deposito di questa seconda dichiarazione, invero, l'imprenditore sarebbe divenuto titolare di diritti sociali sull'impresa.

Oltre questa modalità di creazione, il rapporto ha anche auspicato che si venisse a creare un sistema di accompagnamento dell'imprenditore lungo tutta la vita della propria impresa. Si suggeriva, infatti, il perseguimento, su base regionale, di una politica indirizzata allo sviluppo dell'imprenditoria, da realizzarsi attraverso la cooperazione dei vari organi coinvolti, quali le camere di commercio e dell'industria e gli enti di governo del territorio.

Tutte le misure proposte nel Rapporto Grandguillame sarebbero dovute sottostare ad un calendario abbastanza preciso, tenuto anche conto che, per alcune modifiche suggerite, i tempi sarebbero divenuti maturi in un futuro lontano. La legge n. 2014-626, promulgata il 18 giugno 2014, ha confermato i dubbi di buona parte della dottrina: di fatto, salvo qualche aggiustamento di ordine meramente stilistico, l'apporto della legge alla risoluzione dei problemi dell'EIRL è stato minimo. La legge Pinel ha provveduto a rendere gratuito, ex articolo 36<sup>242</sup>, il deposito della dichiarazione di separazione. Inoltre, in materia di pubblicità della contabilità annuale dell'EIRL attraverso il registro di pubblicità legale al quale è collegato (registro dei mestieri o registro del commercio e delle società, RCS), l'articolo 35<sup>243</sup> alleggerisce gli obblighi per l'imprenditore, che non è più tenuto a depositare il proprio bilancio. Peraltro, nel momento in cui un imprenditore individuale adotta il regime di responsabilità limitata nel corso della propria attività

---

242 *«Le second alinéa de l'article 846 bis du code général des impôts est ainsi modifié: 1° A la première phrase, les références: «et L. 526-6 à L. 526-21 » sont supprimées; 2° La seconde phrase est supprimée».* In particolare, eliminando il riferimento agli articoli L. 526-6 2 L. 526-21 del Code de Commerce dall'articolo 846 bis del Codice delle imposte, quest'ultimo, che prevede una tassa per la registrazione dell'atto di dichiarazione, non si applica più al caso dell'EIRL.

243 *«I. - L'article L. 526-14 du même code est ainsi modifié: 1° Le premier alinéa est ainsi modifié a) Au début de la première phrase, les mots: «Les comptes annuels» sont remplacés par les mots: «Le bilan»; b) A la dernière phrase, les mots: «et de la valeur» sont supprimés; 2° Au second alinéa, les mots: «ses comptes annuels » sont remplacés par les mots: «son bilan». II. - Au premier alinéa de l'article L. 526-19 du même code, les mots: «des comptes annuels» sont remplacés par les mots: du bilan».*

professionale, l'articolo 34<sup>244</sup> consacra la pratica che prevedeva di rinviare al proprio ultimo bilancio per far fronte alla richiesta della descrizione dei beni che compongono il patrimonio separato, il che è una cosa molto utile visto il fatto che il bilancio non comprende che quei beni utili all'esercizio dell'attività imprenditoriale. Infine, l'articolo 33<sup>245</sup> aggiunge all'attuale articolo L. 526-7 del Code de Commerce un comma finalizzato a semplificare la mobilità dell'EIRL, prevedendo un meccanismo di trasferimento automatico e gratuito della dichiarazione di separazione nel nuovo registro; il testo ha previsto due ipotesi: quella di un trasferimento geografico e quella di un cambio di attività. La prima ipotesi non crea affatto problemi particolari. Allorquando l'imprenditore individuale a responsabilità limitata deciderà di dislocare altrove la propria attività, il suo dossier completo sarà automaticamente trasferito al registro pubblico relativo al territorio nel quale l'EIRL, d'ora in avanti, eserciterà la professione, essendo stato previsto che non sono più necessarie le verifiche previste dall'articolo L. 526-8 del Code de Commerce, le quali riguardano il controllo di legalità formale della dichiarazione di separazione. La seconda ipotesi, invece, si riferisce ad ipotesi alquanto marginali, poiché interessa l'EIRL che cambia registro di riferimento durante la vita della propria impresa.

L'inquietudine per le sorti dell'EIRL è collegata alle previsioni, da parte dell'articolo 32<sup>246</sup>, un comitato per lo studio di fattibilità di uno statuto unico dell'impresa, che

---

244 «L'article L. 526-8 du code de commerce est complété par un alinéa ainsi rédigé: Sans préjudice du respect des règles d'évaluation et d'affectation prévues à la présente section, l'entrepreneur individuel qui exerçait son activité professionnelle antérieurement au dépôt de la déclaration peut présenter en qualité d'état descriptif le bilan de son dernier exercice, à condition que celui-ci soit clos depuis moins de quatre mois à la date de dépôt de la déclaration. Dans ce cas, l'ensemble des éléments figurant dans le bilan compose l'état descriptif et les opérations intervenues depuis la date du dernier exercice clos sont comprises dans le premier exercice de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée».

245 «I. - L'article L. 526-7 du code de commerce est ainsi modifié: 1° Au 4°, les mots: « auprès de » sont remplacés par les mots: « au registre de l'agriculture tenu par »; 2° Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé: « Lorsque l'entrepreneur individuel est transféré dans le ressort d'un autre registre ou rattaché à un autre registre en cours d'activité, sa déclaration d'affectation, les autres déclarations prévues à la présente section, les mentions inscrites et l'ensemble des documents publics déposés sont transférés par le précédent organisme teneur de registre à celui nouvellement compétent. Dans ce cas, celui-ci est dispensé des vérifications prévues à l'article L. 526-8 et mention du transfert est portée au premier registre. Le transfert s'effectue par voie dématérialisée et ne donne pas lieu à émolument ou redevance». II. - A la seconde phrase du 2° de l'article L. 526-8, au troisième alinéa de l'article L. 526-9, à la première phrase du deuxième alinéa des articles L. 526-10 et L. 526-11, à la première phrase du premier alinéa de l'article L. 526-14 et du second alinéa de l'article L. 526-15, à la seconde phrase du premier alinéa et au second alinéa de l'article L. 526-16 et à la deuxième phrase du premier alinéa du II de l'article L. 526-17 du même code, les mots: « auquel a été effectué le dépôt de » sont remplacés par les mots: « où est déposée ». III. - Au premier alinéa de l'article L. 526-19 du même code, après le mot: « dépôt », sont insérés, deux fois, les mots: « et de transfert». IV. - Le 2° du I, le II et le III du présent article entrent en vigueur à une date fixée par décret et au plus tard douze mois à compter de la promulgation de la présente loi».

246 «L'établissement d'un statut unique de l'entreprise individuelle fait l'objet d'un rapport remis au Gouvernement et au Parlement, dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, élaboré par un comité chargé

fonderebbe l'esercizio di un'attività professionale in forma imprenditoriale - individuale con quello attraverso la società. Nessun dubbio che questa disposizione sia ispirata a quanto preconizzato dal rapporto del deputato Laurent Grandguillame, il quale raccomanda che l'impresa del futuro sia una persona giuridica dotata del suo proprio patrimonio. Una tale previsione suscita inevitabilmente un dubbio inevitabile, visto che uno schema pressoché identico a quanto preconizzato è già presente nell'ordinamento francese, l'EURL!

La società unipersonale a responsabilità limitata è ormai solidamente inserita nel diritto delle società e, inoltre, è stata di recente oggetto di interventi finalizzati a semplificarne la creazione e la gestione: è stata prevista una dispensa dall'iscrizione nel giornale degli annunci legali sia nel momento della costituzione che in quello dello scioglimento; è possibile adottare statuti preconfezionati dal legislatore; l'EURL beneficia di alleggerimenti delle obbligazioni contabili, non essendo richiesta la compilazione del rapporto sulla gestione.

Il tutto però non ha suscitato grosse reazioni nel mondo dell'imprenditoria, vista la velata sfiducia degli imprenditori individuali nel ricorrere alla creazione di una persona giuridica, ancora oggi sinonimo di capacità tecniche amministrative elevate. Ai sensi dell'articolo 32 della loi Pinel, il comitato avrebbe dovuto produrre un rapporto definitivo entro sei mesi, attualmente però si è ancora in attesa delle risposte.

---

*de préfigurer cette création et dont la composition est fixée par décret. Ce rapport précise les conditions dans lesquelles les statuts juridiques actuels, notamment de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée et de l'entreprise individuelle, peuvent être simplifiés en vue de parvenir à un statut juridique unique».*

## Conclusioni

Come si è visto nelle pagine precedenti, il regime dell'EIRL nasconde alcune lacune che, per quanto sia possibile applicare, in analogia, regimi precedentemente creati dal legislatore, non si possono colmare sistematicamente. Inoltre, le risposte sono rese ancora più incerte perché, visto anche il poco tempo trascorso dalla nascita dello statuto, la giurisprudenza e il legislatore non si sono espressi sui dubbi sollevati dalla dottrina, il che, va detto, non fa che rendere il ricorso al patrimonio separato sinonimo di insicurezza giuridica, sia per l'imprenditore individuale, che per i suoi creditori. Purtroppo non si può che prendere atto che «nel regno dell'insicurezza giuridica, l'EIRL è regina»<sup>247</sup>. A questo punto, il ricorso alla tecnica societaria, precisamente all'EURL, non può che rivelarsi più sicuro. In effetti, l'EIRL, se da un lato ha tenuto fede alle promesse di semplicità dello statuto, non ha, dall'altro, fatto fronte alle pretese di stabilità giuridica, alle quali avrebbe dovuto essere legato l'agire del governo. La limitazione della responsabilità dell'imprenditore è, forse, l'unico obiettivo rispettato. In effetti, il meccanismo pensato per il patrimonio separato permette l'impermeabilità dei patrimoni anche nel caso di apertura di una procedura collettiva nei confronti dell'attività imprenditoriale collegata al patrimonio costituito dall'EIRL; ovviamente questa separazione è stata pensata per presentare delle porosità fra i patrimoni in determinati casi, poiché non sarebbe pensabile che l'imprenditore sia esonerato dalla propria responsabilità personale nel caso in cui abbia condotto una gestione sbagliata e manchevole del patrimonio separato. Sembra molto chiara, allora, la tesi che fa sottostare il sistema della separazione patrimoniale al comportamento dell'imprenditore e non alla tecnica utilizzata. È impossibile, dunque, escludere completamente la responsabilità personale dell'imprenditore individuale malgrado il ricorso al patrimonio separato: alcune delle responsabilità civili dell'imprenditore, come nel caso della responsabilità per i vizi della cosa venduta, si imputano al patrimonio professionale, ma nel caso di errori nell'amministrazione, egli è tenuto a risponderne personalmente.

Da quanto detto nel capitolo III, si evince che la questione dell'estensione della responsabilità è di ordine politico poiché il regime dell'EIRL si adatta alla finalità per la

---

<sup>247</sup> «*Au royaume de l'insécurité juridique, l'EIRL est reine*». R. MORTIER, *Les mutations de l'EIRL*, in *Droit et Patrimoine*, Avril 2011, n. 202, p. 78.

quale esso è utilizzato, non essendo possibile che questa sola tecnica comporti un esonero dalla responsabilità personale. Presentare il regime giuridico dell'imprenditore individuale a responsabilità limitata come l'ancora di salvezza degli imprenditori è dunque eccessivo dato che solo attraverso la successiva azione della magistratura, ovvero con interventi del legislatore volti a turare le falle dello statuto, si potrà calcolare quale sia il perimetro delle tutele realizzate con la separazione patrimoniale.

Con riferimento al momento iniziale dell'organizzazione di impresa individuale, va detto che, malgrado la volontà del legislatore, il ricorso al patrimonio separato non permette una concreta evoluzione rispetto a quanto già praticabile con l'EURL. In materia di costituzione dell'EIRL, infatti, l'imprenditore non è totalmente libero in quanto alla composizione del suo patrimonio separato, proprio in virtù del particolare vincolo di destinazione che caratterizza quei beni utili o necessari all'attività professionale. In più, al momento della costituzione, la dichiarazione richiede il rispetto di una stringente formalità, al fine di garantirne l'opponibilità ai creditori preesistenti.

Per queste due ragioni, l'EIRL non appare affatto più attraente, al momento della costituzione, della propensione per la persona giuridica, attraverso il ricorso alle forme societarie. Questa conclusione, purtroppo, non può che essere confermata quando si va a ragionare sulle contropartite che conseguono la separazione. Numerose incertezze, invero, si addensano in questo campo perché non si può nascondere che, al momento della costituzione del patrimonio separato, il patrimonio personale si ritrova inevitabilmente depauperato siccome lo statuto non ha previsto la creazione di titoli simili a quelli costituenti, nel diritto societario, il contrappeso per il conferimento di beni alla società. Si è detto che il patrimonio personale si giova dei guadagni dell'impresa e della rendita dell'imprenditore derivanti dalla gestione del patrimonio, tuttavia, questi due benefici nascono non tanto dal patrimonio separato, ma dall'esercizio dell'attività professionale per la quale esso è stato costituito; a ciò si aggiunge che il possibile esercizio di questi benefici è rimesso alla valutazione dell'imprenditore, che non deve abusarne.

Da un lato l'organizzazione della separazione dei beni dell'EIRL presenta numerose peculiarità (le quali, ad essere onesti, non sono fortemente vantaggiose per l'imprenditore che opta per lo statuto introdotto con la legge del 15 giugno 2010), dall'altro la loro gestione non può essere ricondotta con semplicità a degli schemi preesistenti.

In particolare, vi è l'assenza di *personalité morale* e l'assenza di un mandato per la gestione dell'EIRL, ma si è visto come ciò non sia di ostacolo alla vita dell'impresa collegata al patrimonio professionale. In termini di gestione, però, non si sono fatti passi avanti rispetto all'*acquis* dell'EURL: ricorrere allo statuto non consente all'imprenditore una gestione più snella o, comunque, più in linea con i suoi bisogni, anzi, si rischia di incappare nelle questioni ancora aperte sul regime delle mutazioni patrimoniali. La teoria sul patrimonio separato, infatti, non è ancora abbastanza approfondita da consentire all'interprete di pervenire a risultati sicuri, quando impegnato nella sua attività di supplenza del legislatore. Inoltre, alcune regole, precisamente quelle sulla protezione dei creditori, non sono applicate in quanto frutto del regime di separazione patrimoniale, bensì perché è stato il legislatore stesso a prevederle. Così dicendo, il patrimonio separato non apporta vantaggi a chi si affaccia al mondo dell'imprenditoria.

Certo, il ricorso a questa tecnica ha permesso progressi teorici considerevoli, anche dovuti alla volontà del legislatore francese di trovare una soluzione nuova alle richieste di sicurezza da parte degli imprenditori. Il risultato più importante dello statuto dell'EIRL, infatti, rimane quello di aver permesso la separazione patrimoniale in capo all'imprenditore per la conduzione di un'attività professionale. Accanto a questo traguardo, passi in avanti sono stati fatti anche a proposito della nozione di persona giuridica e della rappresentanza, tuttavia, le troppe lacune del regime comportano un vero deficit di sicurezza.

Volendo fare un bilancio dell'EIRL, basato sui risultati garantiti dallo statuto al momento della costituzione e durante la gestione, si dovrebbe considerare che, nell'organizzazione del patrimonio separato, questo istituto non ha alleviato il formalismo richiesto dalla creazione di una società unipersonale. Inoltre, i problemi legati all'incapacità di rintracciare nel patrimonio personale le contropartite del trasferimento di beni da questi al patrimonio professionale possono diventare una spada di Damocle, che pende sulla testa dell'imprenditore poco accorto nella gestione dei benefici e delle rendite derivanti dall'attività imprenditoriale. In effetti, egli rischia di incappare in numerose sanzioni, capaci di porre nel nulla tutti i vantaggi connessi alla separazione dei due, o più, patrimoni.

Il risultato non può essere altro che negativo, il che porta alla domanda seguente: il giudizio è da confermarsi anche a seguito dell'analisi della finalità più evidenti dell'EIRL, ossia la limitazione della responsabilità dell'imprenditore? Il legislatore, va detto, ha messo in campo un sistema che garantisce un'effettiva separazione fra i creditori di chi costituisce un patrimonio separato, con lo scopo di ridurre realmente il rischio di impresa.

Tuttavia, perchè questa separazione ha un ruolo molto marginale quando il patrimonio è *in bonis*, una valutazione oggettiva delle opere del legislatore può esservi solo se si focalizza l'attenzione sulla reazione dell'impresa al momento dell'insorgere di difficoltà finanziarie. In questo campo, invero, si è riusciti a conferire all'EIRL una grande, sebbene non totale, capacità di mantenere l'impermeabilità del patrimonio personale rispetto a quello professionale. In particolare, si può prendere atto che il diritto francese ha adattato una soluzione coerente con il diritto comunitario in materia di procedure di insolvenza transfrontaliera<sup>248</sup>, prevedendo la possibilità di applicazione di più di una procedura in capo allo stesso soggetto.

Più delicato è il discorso da fare quando si passa dall'analisi dell'applicazione dello statuto dell'EIRL durante le procedure collettive, alla ricerca di un residuo di responsabilità personale in capo all'imprenditore. La responsabilità personale dell'imprenditore, in effetti, permane nel caso delle procedure collettive e discende dall'applicazione delle norme, civili o penali, stabilite per il diritto societario ed applicabili anche all'imprenditore individuale a responsabilità limitata. Ciò permette di beneficiare di una concreta limitazione del rischio di impresa, senza, però, che i creditori del patrimonio oggetto di procedura concorsuale siano lasciati nell'incapacità di difendere la consistenza del loro patrimonio di riferimento, poiché non potrebbe esistere una limitazione unilaterale della responsabilità dell'imprenditore senza il contraltare dell'aumento dei poteri di intervento e di opposizione dei creditori. L'EIRL sembrerebbe addirittura costituire un progresso rispetto all'EURL, permettendo un'applicazione delle regole del diritto fallimentare sulla base della qualificazione (personale o professionale) del

---

248 Règlement européen n. 1346/2000, 29 Mai 2000, articles 3 et 27 à 37 . Per una panoramica sul la comparazione fra le regole del diritto nazionale e quelle del diritto sovranazionale, v. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Paris: MONTCHRESTIEN, 2008, p. 512 e seguenti (per quanto riguarda il diritto europeo), p. 469 (per quanto riguarda il diritto internazionale).

patrimonio interessato dalle procedure, e non sulla scorta della qualifica soggettiva del debitore. Tuttavia, se quanto previsto dalla legge sulla gestione e sulla contabilità è rigorosamente rispettato, non sono possibili, nel caso dell'EURL, estensioni di responsabilità.

La differenza fra EIRL ed EURL risulta pertanto evidente solo in caso di crisi dell'attività professionale, mancando, per l'EIRL, lo schermo derivante dalla *personalité morale*. È invece più sfumata, in concreto, nella quotidiana evoluzione dell'attività di un'impresa *in bonis*.

**1. Testi di legge ufficiali**

- a. Code Civil, ultima consultazione il 6 giugno 2015 su:  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071>
- b. Code de Commerce, ultima consultazione il 6 giugno 2015 su:  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005639>
- c. Code Pénal, ultima consultazione il 6 giugno 2015 su:  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>
- d. Remise du rapport de Xavier De Roux: La création d'un patrimoine d'affectation à Hervé Novelli, Secrétaire d'Etat chargé du Commerce, de l'Artisanat, Des Petites et Moyennes Entreprises, du Tourisme et des Services, 5 Novembre 2008, [http://www.minefe.gouv.fr/fonds\\_documentaire/archives/dossiersdepress/somdp0309.htm](http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/archives/dossiersdepress/somdp0309.htm), ultima consultazione il 2 giugno 2015
- e. Rapport n. 2298 de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif à l'EIRL  
10 Février 2010, [http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r2298.asp#P164\\_24569](http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r2298.asp#P164_24569), ultima consultazione il 25 maggio 2015
- f. Projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) n. 2265 – Etude d'impact, 27 Janvier 2010, <http://www.assemblee-nationale.fr>, ultima consultazione il 6 giugno 2015
- g. Conseil constitutionnel, 10 Juin 2010, Décision n. 2010-607 DC - Loi n. 2010 -658 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, JORF n. 0137, 16 juin 2010, p. 10988
- h. Loi n. 2010-658 du 15 Juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, JORF n. 0137, 16 juin 2010, p. 10988
- i. Ordonnance n. 2010-1512 du 9 Décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, JORF n. 0286, 10 Décembre 2010, p. 21617

**2. Monografie**

- a. CORNU (G). Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Paris: PUF, 2000

- b. DEMOGUE (R). Les obligations en Général: Sources des obligations, Tome 1. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923
- c. TERRE (F) (sous la direction de). EIRL: L'entrepreneur à responsabilité limitée, Paris: Litec, 2011 (Droit 360°)
- d. WICKER (G). La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit. Mélanges Bruno Oppetit, Paris: Litec, 2009, p. 691

### 3. **Articoli di riviste giuridiche**

- a. AUSSDAT (J). *Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation*. Revue des sociétés, 1974, p. 221
- b. BREDIN (J-D). *Au-delà de l'E.U.R.L.?* Cahiers du droit de l'entreprise, 1990, n. 1, p. 24
- c. BEYNEIX (I). *La prise en compte de l'entrepreneuriat par le droit*. RTD Com 2012, n. 4, p. 671
- d. CHAMPAUD (C). *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée: Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier l'E.P.R.L. dans le droit français*. RTD Com., 1979, p. 579
- e. CHAMPAUD (C). *Sociétés ou pas société ? Patrimoine affecté à une entreprise individuelle. Projet d'EIRL. Innovation législative. SARL, EPRL, EURL, EIRL à quel Saint se vouer?*, RTD Com, 2010, p. 349
- f. DAIGRE (J-J). *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*. Petites affiches, 21 Février 1986, n. 23, p. 21
- g. DAVY (P). *Cession isolée d'un bien immobilier d'une EIRL*. Defrénois, 15 Décembre 2010, n. 21, p. 2289
- h. DELPECH (X), *Entrepreneuriat individuel : fin des réunions de travail de la mission « Grandguillame »*, Recueil Dalloz 2013, n. 42, p. 2768
- i. DENIZOT (A). *L'étonnant destin de la théorie du patrimoine*. RTD Civ n. 3, p. 547
- j. DINH (E). *L'EIRL, un hybride en droit français*. JCP E 2010, n. 46, p. 1979
- k. DONDERO (B). *L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné*. JCP G 2010, n. 25, p. 679
- l. DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M). *L'adaptation et l'articulation délicates des procédures d'exécution à l'EIRL*. Revue de droit bancaire et financier, Septembre 2010, n. 5, étude 23
- m. DUBUISSON (E). *L'EIRL est adopté*. JCP E 2010, act. 303

- n. DUBUISSON (E). *«Patrimoines affectés avez-vous donc une ame ?»*. Recueil Dalloz 2013, n. 12, p. 792
- o. DUBUISSON (E). *EIRL et particularités de transmission*. Revue Lamy droit des affaires, 2010, n. 50
- p. DUPICHOT (P). *L'unicité du patrimoine aujourd'hui. Observations introductives*. JCP N 2009, n. 52, p. 1356
- q. HENRY (L-C). *EIRL: Quid des biens communs et des biens indivis affectés?* Revue des procédures collectives, Mars 2011, n. 2, dossier 23
- r. LACROIX – DE SOUSA (S), *La cession de patrimoine affecté de l'EIRL*, Recueil Dalloz 2012, n. 10, p. 620
- s. LE CORRE (P-M). *L'heure de vérité de l'EIRL: le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté*. Recueil Dalloz, 2011, p. 91
- t. LEGRAND (V). *L'EIRL pourra-t-il prétendre à une procédure de surendettement ?*. Recueil Dalloz, 2010, p. 2385
- u. LEGRAND (V). *EIRL: coup de théâtre en trois actes ou énième épisode d'un mauvais feuilleton*. Recueil Dalloz 2013, n. 29, p. 1971
- v. LEGRAND (V). *EIRL: regain d'intérêt après l'abrogation de l'action en réunion à l'actif ?*. Recueil Dalloz 2012, n. 6, p. 375
- w. LEGRAND (V). *L'entreprise à patrimoine affecté sur la sellette ?*. Recueil Dalloz 2014, n. 25, p. 1458
- x. LEGRAND (V). *L'EIRL à patrimoines multiples ou questionnaire à choix multiples ?*. Recueil Dalloz 2012, n. 36, p. 2402
- y. LEROYER (A-M). *Entrepreneur individuel à responsabilité limitée*. RTD civ., 2010, p. 632
- z. LEVENEUR (L). *L'EIRL ou le triomphe paradoxal de la limitation de responsabilité par voie unilatérale !*. Revue des procédures collectives, Juillet 2010, n. 4, alerte 21.
- aa. LICHABER (R). *Eclairage. Feu la théorie du patrimoine*. Bulletin Joly Sociétés, 1er Avril 2010, n. 4, p. 316
- bb. LUCAS (F-X). *EIRL, le casse-tête pour les procédures collectives*. L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 1er Juillet 2010, n. 7, p. 1
- cc. MACORIG-VENIER (F). *Observations sur l'EIRL et les sûretés*. Bulletin Joly Sociétés, 1er Mars 2011, n. 3, p. 253

- dd. MARMOZ (F), *L'insaisissable déclaration de l'article L 526- 1 du Code de Commerce*, Recueil Dalloz 2012, n. 22, p 1460
- ee. MEILLER (E). L'universalité de fait. RTD Civ 2012, n. 4, p. 651
- ff. MORTIER (R). *Les mutations de l'EIRL*. Droit et patrimoine, Avril 2011, n. 202, p. 72
- gg. PANDO (A). *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : les contours du projet de loi*. Petites affiches, 28 Janvier 2010, n. 20, p. 3
- hh. PELLIER (J-D). *La nature juridique du patrimoine affecté de l'EIRL*. RTD Com 2013, p. 45
- ii. PEROCHON (F). *L'efficacité des mécanismes de prévention des risques: l'EIRL*. Revue des procédures collectives, Novembre 2010, n. 6, dossier 5
- jj. PIERRE (J-L). *L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer*. JCP E 2009, n. 51, p.2184
- kk. PETEL (P). *L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL*. JCP E 2011, n. 5, p. 1071
- ll. PIEDELIEVRE (S). *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée*. Defrénois, 15 Juillet 2010, n. 13, p. 1417
- mm. PIEDELIEVRE (S). *Recouvrement des créances et patrimoine d'affectation*. Revue de droit bancaire et financiers, 2010, n. 5, comm. 185
- nn. PIEDELIEVRE (S). *Qualité du débiteur et ouverture de la procédure*. Revue de droit bancaire et financier, Juillet 2010, n. 4, comm. 147
- oo. PIEDELIEVRE (S). *L'EIRL et le droit des procédures collectives*. Petites affiches, 4 Février 2011, n. 25, p. 7
- pp. REVET (T). *Introduction*. Droit et patrimoine, Avril 2010, n. 191, p.56.
- qq. SAINT-ALARY-HOUIN (C). *L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL*. Gazette du Palais, 19 Mai 2011, n. 139, p. 33
- rr. SAINTOURENS (B). *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : Commentaire de la loi n. 2010-658 du 15 Juin 2010*. Revue des sociétés, 2010, p. 351, n. 39
- ss. SCHILLER (S). *Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté et le patrimoine non affecté ?* Droit et patrimoine, Avril 2010, n. 191, p. 88
- tt. SENECHAL (M). *Le patrimoine affecté à l'épreuve du droit des procédures collectives*. Droit et patrimoine, Avril 2010, n. 191, p. 89
- uu. SERIAUX (A). *Patrimoine*. Répertoire civil, Dalloz, 2010
- vv. SERLOOTEN (P). *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*. Recueil Dalloz,

1995, p. 185

- ww. TERRE (F). *La personne et ses patrimoines : des pépins par milliers*. JCP G 2010, n° 52, p. 1328
- xx. THOMAS (V). *EIRL : transmission entre vifs du patrimoine affecté*. Revue des Sociétés 2013, p 675
- yy. VAUVILLE (F). *Commentaire de la loi du 15 Juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*. Defrénois, 15 Septembre 2010, n. 15, p. 1649
- zz. VALLANSAN (J). *L'EIRL en difficulté .Les principes de l'ordonnance du 9 Décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL*. Revue des procédures collectives, Janvier 2011, n. 1, étude 2
- aaa. WICKER (G). *Personne morale*. Répertoire civil, Dalloz, 1998, n. 78

#### 4. **Commenti alle sentenze**

- a. CHEVALLIER (J). Note sous *Cass. Com., 28 Avril 1964, Bull. Civ. IV, n. 215*. RTD civ. 1965, p. 116
- b. COURET (A). Note sous *Cass. com, 20 Octobre 1998, n. 96- 15.418*, JCP 1998, p. 2025
- c. DAUVERGNE (B). Rapport sous *Cass. crim, 11 Février 1976, n. 75-91.806*, Recueil Dalloz, 1976, jurispr. p. 295
- d. DERRIDA (F). Note sous *Cass. com., 28 Février 1995, n. 92- 17.329*, Recueil Dalloz, 1995, p. 390
- e. DONDERO (B). Note sous *Cass. com., 20 Mai 2003, n. 99-17.092*, Recueil Dalloz, 2003, p. 2623
- f. LE CANNU (P). Note sous *Cass. com, 28 Avril 1998, n. 96-10.253*, Bulletin Joly Sociétés 1998, p.888
- g. LIENARD (A). Note sous *Cass. com., 16 Octobre 2007, n. 06- 10.805*, Recueil Dalloz, 2007, p. 2666
- h. PETEL (P). Observations sous *Cass. com., 30 Novembre 1993, n. 91-20.554*, Bulletin Joly Sociétés, 1994, p. 410
- i. SAINT-ALARY-HOUIN (C). Note sous *Cass. com., 19 Avril 2005, n. 05-10.094*. Bulletin Joly Sociétés, 2005, p. 690

**LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA  
PROFILI CRIMINALI DELL'IMPRESA CONCORRENTE  
CONSEGUENZE GIURIDICHE DELLE MISURE  
INTERDITTIVE E DINAMICHE COLLEGATE IN MATERIA  
DI APPALTI PUBBLICI**

*Ten. Pietro Cugusi*



## INDICE

<b>Introduzione</b> .....	195
---------------------------	-----

### CAPITOLO I

#### **I profili criminali dell'impresa**

1. <b>La titolarità dell'impresa: il problema dell'imprenditore occulto</b> .....	198
2. <b>L'impresa illecita: il momento di incidenza dell'illecito</b> .....	200
3. <b>Il problema della transnazionalità: i GEIE</b> .....	202
4. <b>Titolarità e gestione dell'impresa: il caso delle s.r.l. e le infiltrazioni mafiose</b>	204
5. <b>La risposta penale nel caso di impresa concorrente: il reato di turbata libertà degli incanti ex art. 353 c.p.</b> .....	207
5.1. <i>Segue: la turbata libertà del procedimento di scelta del contraente ex art. 353 bis c.p.</i>	209
5.2. <i>Segue: l'astensione dagli incanti ex art. 354 c.p.</i> .....	210
6. <b>Il commissariamento dell'impresa sottoposta a indagini penali: l'art. 32 d.l. 90/2014</b> .....	212
6.1. <i>Segue: l'immediata applicazione della norma con il caso Maltauro S.p.a.</i> .....	215

### CAPITOLO II

#### **Codice dei contratti e codice antimafia**

1. <b>L'armonizzazione della disciplina nel contesto europeo</b> .....	217
2. <b>Le Società Organismo di Attestazione (S.O.A.)</b> .....	219
2.1. <i>Segue: la richiesta di documentazione antimafia ai fini del rilascio dell'attestazione</i> ...	222
3. <b>I requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare</b> .....	229
3.1. <i>Assenza di procedimenti finalizzati all'applicazione di misure di prevenzione</i> .....	231
3.2. <i>Assenza di condanne per reati incidenti sulla moralità professionale</i> .....	233
3.3. <i>Assenza di situazioni di controllo che comportino scelte imputabili ad un unico centro decisionale</i> .....	235
4. <b>L'esenzione da documentazione antimafia per i contratti sotto soglia comunitaria</b> .....	237
5. <b>La disciplina del subappalto</b> .....	242
6. <b>L'avvalimento</b> .....	245

### CAPITOLO III

#### *La documentazione antimafia*

1. Le misure interdittive antimafia: <i>ratio</i> ed evoluzione storica .....	251
2. La documentazione antimafia: tipologia e contenuto.....	256
2.1. <i>La comunicazione antimafia</i> .....	257
2.2. <i>L'informazione antimafia</i> .....	258
3. L'ambito di applicazione della documentazione.....	261
4. Il procedimento di rilascio della comunicazione antimafia .....	265
5. Il procedimento di rilascio dell'informazione antimafia .....	268
5.1. <i>Nozione ed elementi costitutivi dei "tentativi di infiltrazione mafiosa"</i> .....	271
6. La banca dati nazionale unica della documentazione antimafia .....	278
7. Le <i>white list</i> e le <i>black list</i> .....	282
8. La ritardata certificazione a contenuto interdittivo: l'urgenza e il risarcimento all'impresa mafiosa .....	286
9. Le informazioni atipiche: natura e nuova configurazione .....	290

### CAPITOLO IV

#### *Prospettive de iure condendo*

1. La necessità di predisporre adeguati strumenti di contrasto nei confronti dell'impresa illecita .....	294
2. Il recepimento delle nuove Direttive europee: intervenire <i>cum grano salis</i> sul Codice dei contratti pubblici .....	299
2.1. <i>I performance bonds</i> .....	303
3. L'impatto delle nuove Direttive sugli aspiranti contraenti condannati in via definitiva: dall'Europa arriva la soluzione a disposti normativi nazionali poco convincenti .....	309
Conclusioni .....	313

## INTRODUZIONE

*“I lavori pubblici non venivano ultimati in base ai preventivi pattuiti con l'appalto e necessitavano di ulteriori finanziamenti oppure venivano impiegati materiali scadenti, come nel caso dell'acquedotto di Nicomedia in Bitinia, per il quale la comunità aveva speso più di tre milioni di sesterzi, ma era rimasto incompiuto e abbandonato e per avere l'acqua gli abitanti dovevano sborsare altri soldi. Il teatro di Nicea, sempre in Bitinia, malgrado non fosse mai stato ultimato, era già costato più di dieci milioni di sesterzi ed aveva profonde fenditure e crepe, la cui riparazione avrebbe richiesto forti spese e forse inutili, per cui sarebbe più conveniente distruggerlo e rifarlo completamente”<sup>1</sup>.*

Siamo agli albori del II sec. d.C. e Plinio il Giovane, Governatore della Bitinia tra il 109 e il 111 d.C., manifesta forti perplessità riguardo la gestione delle opere pubbliche in una nota corrispondenza con l'Imperatore Traiano.

Problema antico e dinamiche moderne, il mondo delle pubbliche commesse è sempre stato un frammento di mercato controverso e bisognoso di particolari controlli. Secoli di storia nei quali le dinamiche criminali si sono evolute ed hanno iniziato ad interagire in maniera insidiosa con le dinamiche economiche statali, sfruttando una rete di contrasto farraginoso e non attagliata alla gravità del problema.

Solo a partire dalla seconda metà del XX Secolo nel nostro ordinamento si è avvertita l'esigenza di introdurre una serie di contromisure funzionali al contrasto della gestione approssimativa delle opere pubbliche, nelle quali corruzione e sperpero di risorse economiche erano ormai fattori consolidati e la criminalità organizzata aveva trovato semplice e stabile collocazione. È proprio in questo contesto che nasce l'idea di introdurre dei controlli mirati nei confronti dei partecipanti e, soprattutto, degli aggiudicatari delle gare a evidenza pubblica. Un sistema di controlli che non poteva non considerare quello che nel nostro paese è un problema risalente e perpetuo: le associazioni a delinquere di tipo mafioso.

Rapida modalità di approvvigionamento di risorse economiche e strumento importantissimo di produzione di consenso sociale in aree economicamente depresse: il sistema appalti visto con gli occhi delle consorterie criminali fornisce l'idea di come intervenire in maniera rigida e puntuale sia assolutamente necessario e debba costituire priorità operativa.

---

1 Plinio il Giovane, *Epistolario*, X 37.

Attualmente, i proventi economici derivanti dal traffico di sostanze stupefacenti rendono il mondo delle pubbliche commesse una fonte di arricchimento di minor rilevanza, ma in un momento storico nel quale la congiuntura economica non si presenta particolarmente favorevole la produzione di consenso sociale attraverso la disponibilità di posti di lavoro è un fattore troppo delicato per essere trascurato. Dopo numerosi sforzi legislativi frammentari e confusionari, tale sistema di contrasto ha trovato definitiva e sistematica collocazione nel libro II del Codice Antimafia, che ha recepito in gran parte il contenuto del d.P.R. 252/1998 e completa la normativa generale sui contratti pubblici prevista dal d.lgs. 163/2006. Si tratta di un impianto complessivamente soddisfacente ma suscettibile di plurimi interventi migliorativi, che prevede controlli sia in fase di gara che in fase di aggiudicazione. Tali controlli si basano sulla produzione di specifica documentazione, che muta in funzione degli importi della gara alla quale si riferisce; il problema principale è che la rigida classificazione degli importi finisce per costituire, in alcuni casi, un limite all'attività istruttoria.

L'impianto normativo in parola ha risentito profondamente dell'influenza della produzione normativa europea, considerato che l'apertura del mercato ha comportato un abbattimento delle frontiere economiche e una regolamentazione della materia quanto più possibile uniforme. Nel garantire tale uniformità, il legislatore nazionale si è preoccupato (non sempre con modalità inopinabili) di assicurare quel sistema di cautele antimafia che nel corso degli anni hanno rappresentato un validissimo meccanismo di opposizione alle consorterie mafiose. L'evoluzione della criminalità organizzata e, in particolare, il suo avvicinamento alle dinamiche imprenditoriali ha imposto la necessità di adeguare gli strumenti di contrasto, valorizzando soprattutto l'azione preventiva; attualmente, infatti, le associazioni a delinquere di tipo mafioso vivono una fase di inabissamento, nella quale l'aspetto di maggior rilievo è dato proprio dall'inserimento nel tessuto economico.

Questo lavoro si pone l'obiettivo di rappresentare il sistema di contrasto alle infiltrazioni criminali nelle pubbliche commesse, così come previsto dal d.lgs. 159/2011 e, in ambito penalistico, dal codice Rocco, evidenziando alcuni aspetti che meriterebbero maggior precisione sia in termini di formulazione normativa che in termini di utilizzazione concreta. Il Codice dei contratti pubblici sta per essere mandato in pensione in virtù del recepimento delle nuove Direttive europee in materia: quale miglior occasione per

intervenire in maniera sistematica nelle zone d'ombra che l'esperienza concreta e lo studio dottrinale hanno evidenziato in questi anni?

Ragionare in termini di organicità legislativa è l'auspicio che l'operatore del diritto formula al momento di approcciare una disciplina, specie se complessa.

Nonostante la *reductio ad unitatem* operata dal d.lgs. 159/2011 in questo senso si potrebbe ancora far molto, al fine di assicurare effettività all'apprezzabile impianto di contrasto formulato nel corso dei decenni. Da un punto di vista dell'assetto normativo, è ormai comune acquisizione che più si moltiplicano le norme, più si rendono di difficile esecuzione i procedimenti; più si prevedono passaggi, più si appesantisce il processo di aggiudicazione ed esecuzione e, di conseguenza, c'è più spazio per l'insinuarsi dell'organizzazione mafiosa. Di qui l'importanza, al fine della lotta contro la criminalità, delle azioni di semplificazione dei procedimenti, correttamente intraprese ma bisognose di ulteriore impulso normativo.

L'esperienza degli ultimi anni ha mostrato come sia necessario ragionare in maniera flessibile e non schematica: la documentazione antimafia è uno strumento troppo importante per poter rimanere ancorato a soglie schematiche e predefinite, che mal si attagliano alle esigenze concrete delle diverse realtà territoriali del panorama nazionale.

Il libro II del d.lgs. 159/2011 è stato per lungo tempo applicato in maniera parziale, a causa del mancato funzionamento effettivo della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia; ora anche questo problema applicativo dovrebbe essere definitivamente superato e il sistema di controlli si appresta a raggiungere gli automatismi applicativi da tempo auspicati.

È necessario, inoltre, che la rigidità dei controlli antimafia si estenda anche alla fase esecutiva della gara ad evidenza pubblica, nella quale l'istituto del subappalto ha rappresentato da sempre occasione privilegiata di inserimento della criminalità organizzata nelle fasi di realizzazione dell'opera, vanificando spesso e volentieri i pur encomiabili controlli espletati in fase di aggiudicazione.

La criminalità economica d'impresa nel mondo delle commesse pubbliche necessita di un contrasto puntuale, sistematico e competente, sganciato da logiche formali e focalizzato su interventi concreti e mirati, seppur improntati a canoni di tassatività e legalità: è questa la sfida che dobbiamo affrontare ed è questa la sfida che, tutti insieme, dobbiamo essere in grado di vincere.

## CAPITOLO I

### I PROFILI CRIMINALI DELL'IMPRESA

#### 1. La titolarità dell'impresa: il problema dell'imprenditore occulto

L'analisi di alcuni aspetti di interesse del diritto commerciale rappresenta un preliminare ed ineludibile passaggio per comprendere a fondo le dinamiche legate alla partecipazione di imprese in orbita mafiosa alle gare ad evidenza pubblica per l'appalto di lavori, opere e forniture. È importante notare come sia assolutamente possibile e frequente una dissociazione tra la titolarità dell'impresa e il soggetto effettivamente interessato alle vicende economiche della stessa; in questi casi può non risultare agevole individuare il soggetto (o i soggetti) nei confronti del quale devono essere svolti gli accertamenti in ottica mafiosa. Il fenomeno maggiormente emblematico in tal senso è chiaramente quello dei prestanome, spesso sintomo di presenza di società occulte. A livello civilistico, potremmo provare ad inquadrare tale fattispecie come un mandato senza rappresentanza, pur con tutti i problemi che ne deriverebbero in relazione alla probabile illiceità della causa. Occorre comprendere i motivi per i quali l'operatore economico è portato a svolgere determinate attività e perché si manifesta un eventuale interesse a far sorgere gli effetti economici (in maniera apparente) in capo ad un'altra persona. Il punto di partenza deve essere quello della valutazione degli effetti di natura giuridica e patrimoniale: come ci si può riferire al socio occulto? Quali sono le modalità di coinvolgimento? Ci sono più tesi che tentano di dare una risposta a questi quesiti. Secondo un'autorevolissima impostazione, sostenuta da Campobasso<sup>2</sup>, l'imprenditore occulto dovrebbe essere considerato alla stregua di un imprenditore autonomo, che svolgerebbe unicamente la funzione di finanziare un'attività in corso. Si tratta di una posizione derivante dalla stretta interpretazione della disciplina del mandato, in base alla quale gli effetti degli atti giuridici ricadono solo sul soggetto il cui nome è stato legittimamente utilizzato nel traffico giuridico. Pur riconoscendo il fondamento giuridico e la valenza dottrinale, si tratta di un'impostazione che risulta poco funzionale in virtù dell'angolazione scelta in questa sede.

---

2 G. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, III ed., Torino, 2004, p. 37.

Più interessante risulta invece la posizione di Bigiavi<sup>3</sup>, secondo il quale la disciplina del mandato risulta di difficile applicazione, in quanto mentre il mandatario si obbliga al compimento di atti, l'imprenditore è responsabile di un'attività. Il legislatore, trovatosi a dover disciplinare la delicata questione, ha scelto di aderire a quest'ultima tesi ed ha palesato la presa di posizione nell'ambito della disciplina fallimentare, contenuta nel d.lgs. 169/2007. L'articolo 147 di tale testo normativo<sup>4</sup> consente di far fallire, insieme all'impresa, anche il socio occulto, stabilendo che *se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento dei medesimi*. Si tratta di un'operazione che consente di agganciare l'intero patrimonio riguardante le attività di un'impresa e infatti risulta particolarmente funzionale in tema di indagini riguardanti associazioni a delinquere di tipo mafioso. Si arriva ad una completa parificazione della responsabilità del prestanome e dell'imprenditore occulto in tema di responsabilità d'impresa. Tale meccanismo è suscettibile di applicazione anche per quanto concerne le associazioni: nel caso in cui si dovesse verificare una divisione degli utili si entrerebbe nel meccanismo delle società e a questo punto i soci dovrebbero essere soggetti a fallimento.

In Giurisprudenza non sono mancati i casi di fallimento di un'associazione, proprio perché considerata alla stregua di una società<sup>5</sup>. Il meccanismo di coinvolgimento ha, come specificato, il fine ultimo di ricercare la coincidenza tra titolarità dell'impresa ed effetti giuridici che dalla stessa derivano, affinché la stessa non venga utilizzata come strumento di manipolazione del mercato sotto un velo di apparente anonimato.

---

3 W. BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, 1945, p. 121 e ss.

4 La sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili. Il fallimento dei soci di cui al comma primo non può essere dichiarato decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata anche in caso di trasformazione, fusione o scissione, se sono state osservate le formalità per rendere noti ai terzi i fatti indicati. La dichiarazione di fallimento è possibile solo se l'insolvenza della società attenga, in tutto o in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata. Il tribunale, prima di dichiarare il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, deve disporre la convocazione a norma dell'articolo 15. Se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento dei medesimi. Allo stesso modo si procede, qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile. Contro la sentenza del tribunale è ammesso reclamo a norma dell'articolo 18. In caso di rigetto della domanda, contro il decreto del tribunale l'istante può proporre reclamo alla corte d'appello a norma dell'articolo 22.

5 C. Cass. 18 settembre 1993, n. 9589.

## 2. L'impresa illecita: il momento di incidenza dell'illecito

Il tema dell'imprenditore occulto riveste importanza preliminare in relazione ad un altro problema con il quale è impossibile non confrontarsi: quello relativo alla cosiddetta *impresa illecita*. Tale tematica non presenta una disciplina *ad hoc* nel nostro ordinamento e questa carenza è determinata dal fatto che vi è la concezione diffusa che ciò che non è lecito non ha, a livello civilistico, rilevanza giuridica. Si tratta di una scelta legislativa che nel contesto attuale non è per niente soddisfacente, in quanto l'illecito, oltre ad avere una chiara rilevanza penale, ha anche una importantissima rilevanza patrimoniale.

La criminalità si è evoluta anche e soprattutto nell'utilizzo di strumenti giuridici e l'ordinamento dovrebbe auspicabilmente rispondere prontamente, con le opportune contromisure. Potremmo definire l'impresa illecita come quell'impresa organizzata al fine di produrre o scambiare beni o servizi contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, ovvero quella che, pur avendo oggetto lecito, ha tuttavia un fine illecito o utilizza mezzi illeciti per il raggiungimento dello scopo<sup>6</sup>. L'illiceità dunque può assumere diverse sfaccettature, basti pensare al campo della sicurezza sul lavoro, ma perfino all'impresa immorale. C'è poi il caso dell'impresa che viola semplicemente regole amministrative: quale è il bilanciamento tra l'indifferenza legislativa per l'impresa illecita e la necessità di far applicare alcune basilari regole commerciali? È importante subito notare che l'impresa illecita non per forza deve far riscontrare il coinvolgimento di un imprenditore occulto; l'illiceità può riguardare, infatti, non solo il finanziamento ma anche l'oggetto. La normativa dell'attività si presenta sempre distinta rispetto a quella del singolo atto ed è proprio con riguardo alla serie di atti considerati nel loro complesso che si deve giudicare l'elemento dell'illiceità: è l'attività nel suo insieme a determinare sia l'imputazione degli effetti al soggetto interessato, sia l'emersione di eventuali profili criminali. La condotta incriminata potrà materializzarsi sotto il profilo della concorrenza sleale, della pubblicità ingannevole e, soprattutto per quello che in questa sede più interessa, dell'elusione di determinate regole in una gara d'appalto.

Da quanto specificato emerge che l'attività d'impresa potrà risultare illecita anche se i singoli atti saranno leciti e che, viceversa, la presenza di singoli atti illeciti non basterà a qualificare l'impresa come illecita.

---

6 <http://it.scribd.com/doc/249536758/Diritto-Commerciale#scribd>.

Per motivare l'esclusione della illiceità dell'impresa in presenza di atti illeciti sarebbe sufficiente far leva sul mancato rapporto di necessarietà o sull'occasionale compimento e successiva individuale persecuzione della condotta incriminata. Tra il singolo atto illecito e l'attività dovrà necessariamente sussistere un rapporto di connessione necessaria, nel senso che l'atto costituisce l'antecedente fondamentale dell'impresa. La tesi secondo cui dunque l'atto illecito può rendere illecita l'impresa, risulta corretta a seguito delle valutazioni svolte con riguardo alle sanzioni previste per l'atto stesso: osservando l'ipotesi dell'art. 416-bis cod. pen.<sup>7</sup> possiamo notare come la sanzione della confisca si propaghi direttamente all'impresa, inibendola in fatto.

L'art. 416 bis a tal proposito è molto chiaro e stabilisce che *nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego*. Stesso tipo di conclusioni vanno tratte inoltre, nel caso in cui più atti illeciti siano fra loro collegati così da configurare un'attività illecita parallela accanto all'attività lecita; si dovrà distinguere se l'attività si presenti come autonoma e occasionale rispetto a quella lecita, o non costituisca piuttosto l'attività effettiva di cui l'attività lecita sia solo una mera copertura.

Si può concludere dunque che il compimento di uno o più atti illeciti in un'impresa lecita non snatura la medesima, allorché tra l'atto o gli atti illeciti e lo scopo dell'attività

---

7 Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da sette a dodici anni. Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da nove a quattordici anni. L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire o ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.

Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da nove a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da dodici a ventiquattro anni nei casi previsti dal secondo comma.

L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplosive, anche se occultate o tenute in luogo di deposito. Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.

non corra un rapporto di necessarietà funzionale, o gli atti leciti siano occasionalmente compiuti e individualmente perseguiti.

### **3. Il problema della transnazionalità: i GEIE**

Il confronto con la dimensione europea è divenuto al giorno d'oggi essenziale e irrinunciabile, soprattutto alla luce del carattere sempre più unitario delle questioni economiche. Nel quadro delle azioni intese all'armonizzazione ed alla creazione di strumenti di azione comuni nel settore dei fenomeni associativi, è stata creata una forma di cooperazione imprenditoriale transnazionale ed aperta a soggetti dei paesi comunitari, denominata Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE).

Il fine principale che ha inteso perseguire il legislatore europeo con questa introduzione è quello di ridurre le difficoltà che nascono nelle occasioni di collegamento in attività economiche a causa dell'esigenza di ricorrere a istituti giuridici dei singoli paesi, talvolta sconosciuti a partecipanti stranieri e per questo motivo freno alla cooperazione economica. Si tratta di un forte segnale di invito alla cooperazione intracomunitaria, con conseguenti prospettive unitarie per ciò che concerne l'interpretazione e la soluzione delle controversie, ambiti evidentemente sottratti alla giurisdizione nazionale. L'idea di fondo è quella di gettare le basi per una disciplina di diritto commerciale uniforme, che conservi, possibilmente, prospettive di stabilità nel tempo. I vari legislatori nazionali sono stati così invitati ad emanare norme che consentissero la localizzazione dei gruppi nei loro territori; l'Italia ha provveduto con il d.lgs. 240/1991, che si è rivelato un testo normativo lacunoso in quanto carente di previsioni che attribuissero personalità giuridica al GEIE, pur consentendo l'amministrazione dello stesso da parte di altra persona giuridica. Se tentare un'unione economica è assolutamente legittimo e auspicabile, è però doveroso notare come i vari ordinamenti giuridici degli Stati membri si siano modellati sulla base delle esigenze storiche a cui nel tempo hanno dovuto far fronte: tali esigenze in Italia hanno portato ad una stringente regolamentazione in ottica antimafia, culminata con l'emanazione del d.lgs. 159/2011 e ricca di intrecci tra vicende penali e patrimoniali, dovute ad una gestione difficile e farraginoso delle dinamiche legate agli appalti pubblici e più in generale ai canali di arricchimento delle consorterie mafiose.

In considerazione di ciò, nel regolamento di istituzione del GEIE, il legislatore europeo aveva previsto la possibilità per i legislatori nazionali di inserire clausole di scioglimento giudiziale o il divieto d'azione del gruppo in caso di contrasto con l'interesse pubblico nazionale: il legislatore italiano non si è avvalso di tali clausole, a ben vedere in maniera oculata, considerati i possibili profili di contrasto con il principio di libertà di iniziativa economica a causa dell'eccessiva discrezionalità della formula<sup>8</sup>. Rimane tuttavia il pensiero che l'intento perseguito in sede europea sarebbe dovuto essere assecondato, pur con i necessari aggiustamenti ed in virtù di una interpretazione costituzionalmente orientata. Nel fenomeno del GEIE la sede assume un rilievo particolarmente significativo, perché è attraverso tale scelta che viene individuata la legge nazionale applicabile. Il regolamento istitutivo statuisce che la sede deve localizzarsi nel luogo in cui il gruppo ha l'amministrazione centrale, purché in tale contesto venga svolta un'attività reale: non ci deve essere necessaria coincidenza con il luogo nel quale viene proiettata l'azione, considerato che quest'ultima può essere sviluppata anche all'esterno dei confini europei. A differenza dei consorzi regolati nel nostro ordinamento, per il GEIE non è prevista la formazione di un fondo patrimoniale iniziale ed il fondo eventualmente costituito non si configura come patrimonio autonomo; come contrappeso a questo anomalo regime si è comunque optato per la responsabilità illimitata dei partecipanti.

Effettuate le necessarie considerazioni sulla struttura e sui motivi che hanno condotto all'introduzione di tale istituto, ciò che in questa sede è opportuno evidenziare è che l'art. 10 del d.lgs. 240/1991<sup>9</sup> ha esteso ai GEIE localizzati nel territorio italiano *la disciplina relativa a concessioni ed appalti per opere o lavori pubblici o di pubblica utilità o per forniture pubbliche stabilite per i raggruppamenti temporanei di imprese e per i consorzi*. L'estensione delle norme relative a raggruppamenti temporanei e consorzi può creare qualche profilo di criticità, soprattutto in considerazione del fatto che il legislatore nazionale non ha disciplinato in maniera compiuta la partecipazione dei gruppi alla gare d'appalto, creando un vuoto normativo pericoloso.

---

8 Sul tema, P. MASI, *Gruppo Europeo di interesse economico*.

9 1. Si applicano al GEIE le disposizioni in materia di concessioni ed appalti per opere o lavori pubblici o di pubblica utilità o per forniture pubbliche stabilite per i raggruppamenti temporanei di imprese e per i consorzi, nonché le disposizioni dell'art. 23-bis della legge 8 agosto 1977, n. 584, e dell'art. 6, comma 3, della legge 17 febbraio 1987, n. 80.

2. Si applicano altresì al GEIE le disposizioni delle leggi 31 maggio 1965, n. 575, 13 settembre 1982, n. 646, e 19 marzo 1990, n. 55 e successive modifiche e integrazioni.

Lo stesso articolo 10 estende al GEIE la disciplina antimafia, con notevoli problemi in tema di produzione di certificazioni a carico di chi partecipa alle gare: pur configurando l'obbligo di certificazione per amministratori e partecipanti (consorzati con partecipazione superiore al dieci per cento o per conto dei quali l'appalto viene richiesto), si apre l'insidioso spiraglio della mancata produzione delle certificazioni per soggetti o enti di altri paesi comunitari, considerato che il soggetto sul quale effettuare gli accertamenti diverrebbe, nel silenzio del legislatore e sulla base di una interpretazione sistematica delle norme in materia, il rappresentante del gruppo sul territorio nazionale.

Il GEIE non residente godrebbe, a conti fatti, di una semplificazione di disciplina e questa anomalia, che si concretizza in maggiori vantaggi per gli operatori economici a fronte di una netta elusione di alcune basilari disposizioni della normativa antimafia, crea scompensi nel momento in cui occorre verificare i requisiti di partecipazione alle gare di appalto. I responsi forniti dagli uffici europei<sup>10</sup>, inoltre, ci pongono di fronte ad un dato sul quale è opportuno effettuare una riflessione: gli operatori economici italiani risultano interessati soprattutto a partecipare ai gruppi localizzati all'estero, considerato che la scelta della sede, come specificato, non è soggetta ad alcun tipo di vincolo.

#### **4. Titolarità e gestione dell'impresa: il caso delle s.r.l. e le infiltrazioni mafiose**

Nel panorama commercialistico e imprenditoriale le società a responsabilità limitata rappresentano un modello diffusamente utilizzato; si tratta di società a impronta familiare, nelle quali è verosimile che tutti i soci si conoscano abbastanza bene. Il problema più grande che presentano è quello di occultare la persona fisica che le gestisce: per esemplificare al massimo la questione potremmo pensare all'artigiano che costituisce una società e con essa stessa, in un certo senso, sostituisce la sua persona fisica.

Il problema più rilevante di questo modello societario, per quello che in questa sede maggiormente interessa, è che il legislatore ha ammesso la possibilità che ci sia una sproporzione tra conferimenti e quote, stabilendo all'art. 2468 cod. civ.<sup>11</sup> che *se l'atto*

---

10 Commission des communautés européennes, *Geie, l'émergence d'une nouvelle coopération européenne*, Luxembourg, 1993.

11 Le partecipazioni dei soci non possono essere rappresentate da azioni né costituire oggetto di sollecitazione all'investimento. Salvo quanto disposto dal terzo comma del presente articolo, i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta. Se l'atto costitutivo non prevede diversamente, le partecipazioni dei soci sono determinate in misura

*costitutivo non prevede diversamente, le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento. Resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili.*

Tradotto in termini fattuali, anche chi detiene l'uno per cento delle quote può amministrare la società, è per questo motivo che siamo di fronte ad un modello particolarmente vantaggioso per la criminalità, ancor di più se organizzata. Francesco Campanella, noto collaboratore di giustizia affiliato a Cosa Nostra, ci offre una panoramica sulle manovre economiche della criminalità organizzata in una delle sue numerose deposizioni: *“Mi hanno detto: piuttosto che dare gli appalti a terzi, ci dobbiamo organizzare per gestire direttamente, con le nostre imprese, i lavori. Tanto è vero che si erano già organizzati, perché la linea è questa, di fare impresa e quindi diventare sempre meno evidenti dal punto di vista criminale”*.

Non è un caso che investigatori e magistrati utilizzino il termine “inabissamento” per descrivere l'attuale fase storica delle più pericolose consorterie criminali presenti sul panorama nazionale: l'obiettivo è sempre più quello di evitare palesi atti di violenza e tentare l'inserimento nel tessuto economico, sfruttando un capitale sociale ormai consolidato, la cui aggressione rimane al centro delle strategie di contrasto al fenomeno. L'impresa rappresenta per le organizzazioni lo strumento ideale per allargare la propria influenza e il proprio potere e per rafforzarne la capacità di interlocuzione sociale e di produzione del consenso. L'economia lecita e quella illecita entrano, in questo modo, inconsapevolmente in contatto, producendo e scambiando beni e servizi.

Ma come è che un'impresa diventa mafiosa? Non è necessario che il contributo criminale si manifesti all'atto dell'istituzione; ci sono due momenti critici dal punto di vista economico nei quali l'esposizione ad infiltrazioni criminali (mafiose) aumenta esponenzialmente: quando si riscontrano notevoli difficoltà nell'accesso al credito e si è disposti ad accettare prestiti usurari, ovvero quando l'impresa fa riscontrare elevate rendite, attirando l'attenzione in ottica del riciclaggio di capitali sporchi.

---

proporzionale al conferimento. Resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo e salvo in ogni caso quanto previsto dal primo comma dell'articolo 2473, i diritti previsti dal precedente comma possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci. Nel caso di comproprietà di una partecipazione, i diritti dei comproprietari devono essere esercitati da un rappresentante comune nominato secondo le modalità previste dagli articoli 1105 e 1106. Nel caso di pegno, usufrutto o sequestro delle partecipazioni si applica l'articolo 2352.

Nel valutare tali elementi in ottica sistematica occorre considerare la volontà di *acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici*, come ci specifica l'art. 416 bis cod. pen. al comma 3. Il legislatore ha, in questo modo, preso atto del volto imprenditoriale che le consorterie criminali hanno sviluppato negli ultimi decenni.

Esercitare il controllo del territorio significa soprattutto favorire dei meccanismi che garantiscano lavoro e reddito alla popolazione: fare impresa e aggiudicarsi appalti e servizi pubblici rientra proprio in quest'ottica.

Fuori dal contesto sociale di riferimento, l'impresa mafiosa perde la sua posizione di preminenza nel mercato, perché si trova esposta alla concorrenza nazionale ed internazionale. In questo modo, i territori "inquinati" perdono la possibilità di avviare una economia stabile e duratura, concentrandosi esclusivamente sul saccheggio di risorse pubbliche.

In termini economici, la carenza di stimoli ad incrementare l'efficienza si traduce in una crescita carente di sviluppo, che sul lungo periodo trova come unico risultato una depressione del sistema economico. L'arricchimento economico non rappresenta l'unico obiettivo di tale impresa e probabilmente neanche quello perseguito con maggior convinzione: è il profitto sociale l'obiettivo di fondo, i cui risultati si materializzano soprattutto mediante l'acquisizione di consenso, l'esercizio dell'autorità (alla stregua di un vero e proprio Stato) e il fiorire di nuove relazioni. I mezzi attraverso i quali l'impresa mafiosa persegue gli obiettivi non hanno niente a che vedere con quelli del libero mercato: non vi è una spasmodica ricerca del progresso e dell'innovazione tecnologica, non c'è la necessità di correre al ribasso, lo strumento fondamentale è rappresentato da una robusta organizzazione para-militare dotata di veri e propri arsenali. Si tratta del "braccio armato" della consorteria criminale, che insieme allo strumento economico crea un vuoto assoluto in termini di concorrenza, generando una situazione di monopolio assoluto. Il rispetto della normativa previdenziale, ambientale e quella relativa alla sicurezza del lavoro costituisce una voce importante nei passivi del bilancio delle normali imprese: l'impresa mafiosa opera violando sistematicamente tali regole e, giovandosi di un sistema farraginoso in termini sanzionatori, riesce ad offrire beni e servizi ad un prezzo assolutamente inferiore rispetto a quelli che si avrebbero in condizioni di libero mercato.

## 5. La risposta penale nel caso di impresa concorrente: il reato di turbata libertà degli incanti ex art. 353 c.p.

All'epoca dell'introduzione del Codice Rocco il legislatore non ha prestato particolare attenzione ad una normazione penale della criminalità economica d'impresa: la strutturazione del codice, che al libro secondo apre la trattazione dei delitti in particolare con il titolo dedicato ai "delitti contro la personalità dello Stato", è molto emblematica della visione autoritaria e dei principi ispiratori che ne hanno caratterizzato la stesura. Nonostante questa impostazione di fondo, all'art. 353 c.p.<sup>12</sup> è stato fin da subito previsto il delitto di turbata libertà degli incanti, anche se la pena, originariamente consistente nella reclusione fino a due anni, non risultava adeguata alla delicatezza della fattispecie, soprattutto in relazione al mutato contesto socio-politico rispetto al momento dell'introduzione del codice penale. Il legislatore, seppur con notevole ritardo, è intervenuto in materia con la l. 136/2010<sup>13</sup>, mediante la quale, all'art. 9<sup>14</sup>, ha modificato la risposta sanzionatoria, fissando i limiti della reclusione da sei mesi a cinque anni.

La norma non fa esplicito riferimento all'impresa<sup>15</sup>, ma deve ritenersi che, per le argomentazioni sviluppate a proposito dell'interesse criminale nei confronti dell'inserimento nel tessuto economico, si presenti come suscettibile di applicazione soprattutto a questo riguardo. La tutela penale si basa su un assunto fondamentale, cioè il concetto di gara d'appalto, alla quale essenzialmente risulta rivolta. Il dibattito dottrinario a questo proposito è stato vivo e variegato: occorre comprendere a quali gare la tutela penale è rivolta, considerato che il fenomeno delle procedure di gara ad evidenza pubblica non è omogeneo.

---

12 Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche Amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da centotré euro a milletrécentadue euro. Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'Autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da cinquecentosedici euro a duemilasesantacinque euro. Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà.

13 "Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia."

14 All'articolo 353, primo comma, del codice penale, le parole: «fino a due anni» sono sostituite dalle seguenti: «da sei mesi a cinque anni».

15 La giurisprudenza ha specificato che non si tratta di reato a concorso necessario, poiché per la sua configurabilità è sufficiente che la condotta punibile sia assunta da un soggetto soltanto. Cass. VI, 11 giugno 1998.

Un orientamento risalente, riferibile alle posizioni di M.S. Giannini<sup>16</sup>, interpretava in senso restrittivo il concetto di gara d'appalto, riferendolo alle sole procedure basate sull'espletamento di procedure formali e quindi alle gare a procedura aperta e a procedura ristretta<sup>17</sup>, basate su criteri stabiliti *ex ante*. Tale restrizione, seppur valida in termini amministrativistici, restringe oltremodo l'ambito di tutela penale, escludendo la trattativa negoziata e le procedure in economia, che il legislatore ha voluto disciplinare nell'ambito del medesimo testo normativo<sup>18</sup> proprio in virtù di una regolamentazione della materia dei contratti pubblici che fosse quanto più possibile uniforme. In senso contrario a questo orientamento si è espressa infatti la Corte di Cassazione, la quale ha affermato che *“il reato è configurabile in ogni situazione nella quale la P.A. procede all'individuazione del contraente mediante una gara, quale che sia il nomen iuris conferito alla procedura ed anche in assenza di formalità”*<sup>19</sup>.

Il delitto di cui all'art. 353 c.p. è pacificamente considerato plurioffensivo, in quanto lede sia il buon andamento della pubblica amministrazione, sia la libertà dei soggetti privati a partecipare alle gare. La condotta consiste nell'impedire o nel turbare lo svolgimento di una gara, mediante l'uso di mezzi intimidatori (violenza o minaccia) ovvero fraudolenti (collusioni, doni e promesse) che ne compromettano lo svolgimento o ne disturbino la regolarità, alterandone il risultato. Tale reato può concorrere formalmente con la truffa, l'estorsione e la concussione, ma non con l'abuso d'ufficio, considerato il carattere sussidiario di quest'ultima previsione incriminatrice. Vicende penali e amministrative risultano in questo modo legate inscindibilmente e ne è la riprova il fatto che la giurisprudenza di legittimità abbia ritenuto configurabile il reato in oggetto nel caso di presentazione di un'offerta in ribasso assolutamente anomala ed economicamente ingiustificata, presentata allo scopo di determinare l'offerta media in modo da influire sulla scelta dell'aggiudicatario della gara<sup>20</sup>.

Trattandosi di reato di pericolo a dolo generico, ai fini della configurabilità è sufficiente la coscienza e volontà di turbare o impedire la gara, ovvero allontanare gli offerenti, senza la necessità di configurare alcun fine ulteriore nell'azione criminosa.

---

16 M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1992, p. 677 e ss.

17 L'autore utilizza la nomenclatura *ante* riforma ex d.lgs. 163/2006, facendo riferimento all'asta pubblica e alla licitazione privata.

18 Il d.lgs. 163/2006 cosiddetto *Codice dei contratti pubblici*.

19 Cass. VI, 27 marzo 2008 n. 13124.

20 Cass. VI, 29 aprile 1999, gara espletata in base al requisito del “prezzo più basso”.

Si tratta di uno strumento repressivo assolutamente utile, che si attaglia perfettamente a quelle che sono le manifestazioni criminali tipiche nelle procedure a evidenza pubblica.

#### 5.1. *Segue: la turbata libertà del procedimento di scelta del contraente ex art. 353 bis c.p.*

Una delle novità più consistenti della già citata l. 136/2010 è stata quella dell'introduzione di una nuova fattispecie incriminatrice, ossia il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente<sup>21</sup>, che ha trovato collocazione all'art. 353 bis c.p.<sup>22</sup>.

Il legislatore ha inteso, in questo modo, allargare l'ambito di efficacia penale del reato di turbata libertà degli incanti, incriminando anche quei tentativi prodromici di condizionamento che risultino successivamente inidonei ad alterare l'esito delle procedure.

Le condotte maggiormente suscettibili di applicazione in questo ambito sono quelle relative all'illecita interferenza nel procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando, finalizzate soprattutto alla personalizzazione dei requisiti. Il fatto che la giurisprudenza avesse negato la configurazione del reato di cui all'art. 353 c.p. nel caso in cui alla condotta incriminata non fosse seguita la pubblicazione del bando di gara<sup>23</sup> ha reso evidente il vuoto di tutela, prontamente colmato, in maniera emblematica, nell'ambito di un testo normativo dedicato alla lotta contro la criminalità organizzata di tipo mafioso.

Tale collocazione topografica è un chiaro sintomo di come il legislatore abbia colto il legame inscindibile tra la lotta alla criminalità organizzata e il mondo degli appalti pubblici, da sempre campo d'elezione nel quale le consorterie criminali ambiscono ad infiltrarsi. Il momento topico, ai fini della configurabilità del reato in oggetto, è quello di indizione e approvazione del bando di gara, nel quale è sempre vivo il pericolo della redazione dei cosiddetti "bandi fotografia", che contengono requisiti talmente stringenti da determinare *ex ante* la platea dei potenziali concorrenti.

---

21 Art. 10 l. 136/2010.

22 Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032.

23 Cass. VI, 26 febbraio 2009.

Risulta in questo modo essenziale la collaborazione dell'*intranens*<sup>24</sup> ed è proprio per questo motivo che potrebbero sorgere delle complicazioni in merito al confine tra la fattispecie in esame ed altri reati contro la P.A., quali l'istigazione alla corruzione<sup>25</sup> o, in caso di condotta più incisiva, la violenza o minaccia a un pubblico ufficiale<sup>26</sup>.

Ancora: considerato che si tratta di una estensione applicativa del reato di cui all'art. 353 c.p., non è chiaro il motivo per cui il legislatore non abbia fedelmente riprodotto anche la formulazione dei commi secondo e terzo di quest'ultima fattispecie criminosa, escludendo in questo modo tassative incriminazioni proprio per l'*intranens* coinvolto e non ricomprendendovi le licitazioni private per conto di privati dirette da un pubblico ufficiale.

Tale incompletezza è resa ancor più problematica dalla nota impossibilità, in campo penale, di considerare reati fattispecie non espressamente previste come tali dalla legge<sup>27</sup> e di applicare l'analogia *in malam partem*.

È auspicabile dunque una rivisitazione del reato di cui all'art. 353 bis c.p., in modo che si renda effettiva e suscettibile di applicazione una norma che, per la sentita esigenza che ha condotto all'introduzione, meriterebbe una formulazione maggiormente incisiva sotto il punto di vista del perimetro di applicabilità.

## 5.2. *Segue: l'astensione dagli incanti ex art. 354 c.p.*

Le fattispecie penali poste a tutela delle gare pubbliche trovano la norma di chiusura con l'art. 354 c.p., inerente il reato di astensione dagli incanti<sup>28</sup>.

---

24 A tal proposito è sufficiente far riferimento al funzionario incaricato della redazione del bando di gara.

25 Art. 322 c.p.: Chiunque offre o promette denaro o altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o a un incaricato di un pubblico servizio per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'art. 318, ridotta di un terzo. Se l'offerta o la promessa è fatta per indurre un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio a omettere o a ritardare un atto del suo ufficio, ovvero a fare un atto contrario ai suoi doveri, il colpevole soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nell'art. 319, ridotta di un terzo. La pena di cui al primo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro o altra utilità per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri. La pena di cui al secondo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro ad altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'art. 319.

26 Art. 336 c.p.: Chiunque usa violenza o minaccia a un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, per costringerlo a fare un atto contrario ai propri doveri, o ad omettere un atto dell'ufficio o del servizio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. La pena è della reclusione fino a tre anni, se il fatto è commesso per costringere alcuna delle persone anzidette a compiere un atto del proprio ufficio o servizio, o per influire, comunque, su di essa.

27 *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*.

Si tratta di un reato meno grave rispetto a quelli analizzati in precedenza, che contempla un'ipotesi di corruzione tra privati nella quale il denaro o altra utilità fungono da *pretium sceleris* in ordine ad una precisa prestazione omissiva.

La giurisprudenza<sup>29</sup> ha evidenziato come tale fattispecie costituisca un'ipotesi singolare di concorso mediante fatti omissivi nel delitto di turbata libertà degli incanti, che il legislatore, in deroga alle norme stabilite dagli artt. 110 e ss. c.p., ha configurato come ipotesi speciale e autonoma di reato, per non lasciar dubbi in ordine alla punibilità di una condotta meramente negativa, invece che di collaborazione collusiva con il soggetto attivo, e al bisogno di punirla con una pena minore rispetto a quella comminata per il delitto attivo, evidenziando un differente disvalore penale. Il perimetro di applicabilità della norma è dunque legato alla mancata partecipazione dinamica dell'astenuto rispetto ai fatti criminosi, nei confronti dei quali avrebbe conservato l'unico intento di ricevere denaro o altra utilità.

Soggetto attivo del reato può dunque essere chiunque, a patto che abbia la qualità di offerente. A ben vedere, la fattispecie in esame sarebbe potuta essere tranquillamente riportata nell'alveo applicativo dell'art. 353 c.p., sotto forma di coinvolgimento collusivo. In dottrina tale soluzione non fa riscontrare tuttavia unanime condivisione: non manca chi sostiene che la collusione non possa essere omologata all'astensione e si caratterizzi per un *quid pluris*, che si sostanzia nella realizzazione di qualcosa di diverso e ulteriore<sup>30</sup> (ad esempio indurre altri concorrenti in errore, incoraggiandoli a partecipare alla gara). Chi concorda con la tesi della sussunzione fa notare la sostanziale inutilità di una fattispecie *ad hoc*, palesando perplessità in ordine all'autonoma formulazione codicistica<sup>31</sup>.

La ricostruzione ermeneutica maggiormente convincente appare quella che individua nella previsione dell'art. 354 c.p. una specifica tipologia di collusione, caratterizzata da un minore disvalore penale, che si evince dalla mancata partecipazione dinamica dell'astenuto<sup>32</sup>.

---

28 Chiunque, per danaro, dato o promesso a lui o ad altri, o per altra utilità a lui o ad altri data o promessa, si astiene dal concorrere agli incanti o alle licitazioni indicati nell'articolo precedente, è punito con la reclusione sino a sei mesi o con la multa fino a cinquecentosedici euro.

29 Cass. VI, 13 novembre 1997.

30 M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati: le qualifiche soggettive*. Milano, 2008, p. 213.

31 F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2008, p. 449.

32 In senso contrario M. DE LUCA, *Il reato di astensione dagli incanti*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 1998, p. 504. Secondo questa impostazione sarebbe rilevante, ai fini della configurazione del reato in esame, individuare il soggetto che ha preso l'iniziativa per la stipula dell'accordo illecito.

## **6. Il commissariamento dell'impresa sottoposta ad indagini penali: l'art. 32 d.l. 90/2014**

Il complicato intreccio tra vicende commerciali, penali ed amministrative si arricchisce di ulteriori spunti di riflessione nel caso in cui un'impresa, aggiudicataria di gara ad evidenza pubblica, si renda responsabile, attraverso i suoi rappresentanti, delle condotte criminose descritte, ovvero risulti coinvolta in vicende penali collegate alla partecipazione alle gare, con riferimento, in particolare, alle fattispecie criminose inerenti i reati contro la pubblica amministrazione.

Con il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, recante "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari", convertito con modifiche dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, il Governo "ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di introdurre disposizioni volte a garantire un miglior livello di certezza giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici, anche con riferimento al completamento dei lavori e delle opere necessarie a garantire lo svolgimento dell'evento Expo 2015", ha emanato una complessa serie di disposizioni in materia di appalti pubblici, oltre a intervenire sui processi di informatizzazione del processo civile, amministrativo e tributario.

Nel perseguire l'intento di disciplinare in maniera maggiormente puntuale ed incisiva le misure relative all'esecuzione di opere pubbliche, all'art. 32 del d.l. 90/2014<sup>33</sup> il

---

33 1. Nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i delitti di cui agli articoli 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319-bis c.p., 319-ter c.p., 319-quater c.p., 320 c.p., 322, c.p., 322-bis, c.p. 346-bis, c.p., 353 c.p. e 353-bis c.p., ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale, il Presidente dell'ANAC, ne informa il procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati anche ai sensi dell'articolo 19, comma 5, lett. a) del presente decreto, propone al Prefetto competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante, alternativamente: a) di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto o della concessione; b) di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione. 2. Il Prefetto, previo accertamento dei presupposti indicati al comma 1 e valutata la particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine, intima all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali sostituendo il soggetto coinvolto e ove l'impresa non si adegui nel termine di trenta giorni ovvero nei casi più gravi, provvede nei dieci giorni successivi con decreto alla nomina di uno o più amministratori, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270. Il predetto decreto stabilisce la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione

legislatore ha inteso rafforzare i poteri del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione in materia di gestione degli appalti pubblici, per evitare che l'avvio di una indagine su fatti di corruzione relativi alle dinamiche gestionali possa bloccare la realizzazione di opere di interesse pubblico. Al Presidente dell'ANAC vengono attribuiti rilevanti poteri propositivi nei confronti del Prefetto, nei casi in cui si manifesti la presenza di alcuni indici sintomatici dei reati di corruzione: è possibile, in particolare, richiedere la rinnovazione degli organi sociali, mediante la sostituzione del soggetto o dei

---

dell'opera pubblica, al servizio o alla fornitura oggetto del contratto e comunque non oltre il collaudo.

3. Per la durata della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, sono attribuiti agli amministratori tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa ed è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa. Nel caso di impresa costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata della misura. 4. L'attività di temporanea e straordinaria gestione dell'impresa è considerata di pubblica utilità ad ogni effetto e gli amministratori rispondono delle eventuali diseconomie dei risultati solo nei casi di dolo o colpa grave.

5. Le misure di cui al comma 2 sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di provvedimento che dispone la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa nell'ambito di procedimenti penali o per l'applicazione di misure di prevenzione ovvero dispone l'archiviazione del procedimento. L'autorità giudiziaria conferma, ove possibile, gli amministratori nominati dal Prefetto.

6. Agli amministratori di cui al comma 2 spetta un compenso quantificato con il decreto di nomina sulla base delle tabelle allegate al decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010 n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa.

7. Nel periodo di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione di cui al comma 2, i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori di cui al comma 2 e l'utile d'impresa derivante dalla conclusione dei contratti d'appalto di cui al comma 1, determinato anche in via presuntiva dagli amministratori, è accantonato in apposito fondo e non può essere distribuito né essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale ovvero, nei casi di cui al comma 10, dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva.

8. Nel caso in cui le indagini di cui al comma 1 riguardino componenti di organi societari diversi da quelli di cui al medesimo comma è disposta la misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa. Il Prefetto provvede, con decreto, adottato secondo le modalità di cui al comma 2, alla nomina di uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, con il compito di svolgere funzioni di sostegno e monitoraggio dell'impresa. A tal fine, gli esperti forniscono all'impresa prescrizioni operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, riferite agli ambiti organizzativi, al sistema di controllo interno e agli organi amministrativi e di controllo.

9. Agli esperti di cui al comma 8 spetta un compenso, quantificato con il decreto di nomina, non superiore al cinquanta per cento di quello liquidabile sulla base delle tabelle allegate al decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010 n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa.

10. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. In tal caso, le misure sono disposte di propria iniziativa dal Prefetto che ne informa il Presidente dell'ANAC. Le stesse misure sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di passaggio in giudicato di sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, di ordinanza che dispone, in via definitiva, l'accoglimento dell'istanza cautelare eventualmente proposta ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione ai sensi dell'articolo 91, comma 5, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni, anche a seguito dell'adeguamento dell'impresa alle indicazioni degli esperti.

soggetti coinvolti nelle vicende penali. Nei casi più gravi è addirittura possibile provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, in ordine all'esecuzione del contratto di appalto oggetto del procedimento penale. Il legislatore ha così conferito al presidente dell'ANAC il potere di intervenire in presenza di eventi corruttivi in senso ampio, ricomprendendo fattispecie che variano dalla concussione alla turbata libertà del procedimento di scelta del contraente.

A destare maggiore curiosità è tuttavia la possibilità di intervento anche in casi non tassativamente rientranti in tali fattispecie delittuose, sempreché si manifesti la *“presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale<sup>34</sup>”*.

In questa disposizione emergono rilevanti perplessità in ordine alla determinatezza della fattispecie: le “situazioni anomale” necessiterebbero di richiami normativi definiti, così come gli “eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria” evidenziano una formulazione linguistica assolutamente atecnica. Proprio in virtù di tali perplessità ermeneutiche, tale disposizione sembrerebbe destinata ad operare in via sussidiaria rispetto alle condotte criminose sussumibili all'interno dei reati contro la pubblica amministrazione.

In capo al Presidente dell'ANAC sorge un vero e proprio obbligo di comunicazione della notizia di reato al procuratore della Repubblica: la lettura sistematica della norma porta a ritenere che, a prescindere da quale sia il soggetto che dà avvio ai controlli, l'esito naturale di questa procedura sia di esplicitare i propri effetti nell'ambito di un procedimento penale<sup>35</sup>. Inoltre, nulla vieta di ritenere che lo stesso Presidente dell'ANAC, sulla base della interpretazione sistemica della formulazione indeterminata di cui al comma 1, abbia il potere di chiedere l'applicazione delle misure previste dall'art. 32 comma 2 d.l. 90/2014 anche nel caso in cui l'autorità giudiziaria proceda per un reato diverso (ma collegato) da quelli espressamente richiamati nella prima parte della norma, purché sintomatico di irregolarità nello svolgimento dell'appalto. Si afferma così un potere

---

34 Articolo 32 c. 1 d.l. 90/2014.

35 Lo si evince sia dalla lettura del comma 1 dell'art. 32, che nel descrivere le misure che possono essere richieste al Prefetto fa espresso riferimento al “contratto di appalto oggetto del procedimento penale”, sia il dettato del comma 7 dello stesso articolo, ove si prevede che l'utile dell'impresa sottoposta alla misura di cui al comma 2, “è accantonato in apposito fondo e non può essere distribuito né essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale”. F. SGUBBI e T. GUERINI, *Diritto Penale Contemporaneo*, L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, un primo commento, p. 7.

estremamente esteso in capo all'ANAC, che potrà chiedere al Prefetto di ordinare la sostituzione degli amministratori di imprese appaltatrici anche nel caso in cui si rendano responsabili di reati societari, tributari o inerenti la sicurezza sul lavoro.

Il Prefetto competente a valutare le proposte è quello nel cui territorio di competenza sia stato aggiudicato l'appalto: tale competenza discende sia dalla maggiore facilità di verificare i presupposti di illiceità che giustificano l'adozione della misura, sia dalla possibilità di garantire un costante monitoraggio dell'impresa commissariata, in modo tale da assicurare il corretto raggiungimento del fine pubblico che ne legittima l'adozione.

#### 6.1. *Segue: l'immediata applicazione della norma con il caso Maltauro S.p.a.*

A pochi giorni di distanza dall'entrata in vigore della norma, vi è stata una prima applicazione dell'art. 32: il Presidente dell'ANAC ha presentato al Prefetto di Milano, una "richiesta di straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro S.p.a. con riferimento all'appalto relativo alle «architetture di servizio» afferenti al sito per l'Esposizione Universale del 2015"<sup>36</sup>.

La situazione è di particolare interesse perché coinvolge una delle vicende che con maggior forza hanno portato alla rivisitazione dei poteri dell'ANAC, che nel formulare la richiesta di commissariamento offre una panoramica sui profili applicativi del già citato art. 32. Dalla stessa richiesta emerge come "*le misure escogitate dal legislatore hanno evidentemente funzione cautelare e carattere provvisorio, essendo limitate a portare a termine l'appalto e per il tempo dunque necessario per tale obiettivo*".

Le caratteristiche essenziali di ogni provvedimento cautelare sono rinvenibili nel *fumus boni iuris* e nel *periculum in mora*: il *fumus* deriverebbe o dalla pendenza di procedimenti penali inerenti reati contro la pubblica amministrazione ovvero da attività investigative di cui l'ANAC sia venuta a conoscenza, mentre il *periculum* deve essere considerato in virtù del complessivo comportamento tenuto dall'autore del presunto illecito. Formulata la richiesta, il Prefetto ha "autonomo potere di accertamento dei fatti sottoposti al suo

---

36 <http://www.anticorruzione.it/wp-content/uploads/Il-Documento-formato-pdf-scansionato.pdf>.

esame, non essendo vincolato né nel condividere le valutazioni sulla sussistenza del *fumus boni iuris*, né quelle sulle misure richieste<sup>37</sup>”.

Si innesca a questo punto un subprocedimento di natura amministrativa, che in quanto tale dovrà rispettare le garanzie procedurali di cui alla l. 241/1990. In particolare, deve essere tenuto in debita considerazione l’art. 7, inerente la comunicazione di avvio del procedimento<sup>38</sup>; nella richiesta di commissariamento è stato fatto notare come in assenza di particolari esigenze di celerità, sarebbe meglio optare per la tesi favorevole alla necessità della comunicazione, al fine di salvaguardare l’imprenditore che potrebbe, in un momento successivo, essere raggiunto dal provvedimento. Sulla base del semplice tenore letterale dell’art. 32 l’ANAC parrebbe dotata di sproporzionati poteri incisivi a contenuto penalistico e cautelare, sciolti dai vincoli di prova e dal rispetto dei presidi di garanzia che sono propri dell’accertamento processuale penale<sup>39</sup>. Mediante questa prima applicazione concreta, appare opportuna e costituzionalmente orientata la scelta di applicare alla valutazione del *fumus boni iuris* i criteri che il codice di procedura penale fissa per la valutazione delle prove indiziarie in sede cautelare, che impone sia al Presidente dell’ANAC, sia al Prefetto, di valutare i fatti alla luce degli stringenti criteri stabiliti dal comma 1-bis dell’art. 273 c.p.p.<sup>40</sup>.

Tale sensibilità applicativa ha consentito di superare le perplessità ermeneutiche dovute ad una formulazione molto atecnica della norma, che rimane comunque un utile strumento di contrasto alle infiltrazioni criminali nelle imprese che partecipano alle gare ad evidenza pubblica per l’appalto di lavori, opere e forniture.

---

37 Pag. 6 della richiesta di commissariamento della Maltauro S.p.A., *cit.*

38 1. Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l’avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall’articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenirvi. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l’amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell’inizio del procedimento. 2. Nelle ipotesi di cui al comma 1 resta salva la facoltà dell’amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni di cui al medesimo comma 1, provvedimenti cautelari.

39 F. SGUBBI e T. GUERINI, *Diritto Penale Contemporaneo*, L’art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, un primo commento, p. 2.

40 1. Nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza. 1-bis. Nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271, comma 1.

## CAPITOLO II

### *CODICE DEI CONTRATTI E CODICE ANTIMAFIA*

#### **1. L'armonizzazione della disciplina nel contesto europeo**

Come si è potuto notare a proposito dei GEIE, l'intento che il legislatore europeo persegue con maggior convinzione in materia di appalti pubblici è quello di una massima armonizzazione della disciplina. La ragione dell'estensione della regolazione comunitaria al settore dei contratti delle pubbliche amministrazioni è strettamente legata alle dimensioni quantitative del fenomeno, in quanto il valore della domanda pubblica così generata ammonta al diciannove per cento del prodotto interno lordo dell'intera Unione Europea<sup>41</sup>.

Le prime direttive di coordinamento in materia risalgono addirittura agli anni settanta, anche se la riunificazione dell'intera disciplina si è avuta mediante l'emanazione di due veri e propri testi unici: la direttiva 2004/17 Ce, relativa ai contratti nei cosiddetti *settori esclusi*<sup>42</sup>, e la direttiva 2004/18 Ce, avente portata generale in tema di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. Si tratta di una disciplina sovranazionale piuttosto dettagliata, nella quale si rinvergono tutte le fasi e tutti gli aspetti delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, con qualche spiraglio normativo anche in tema di esecuzione degli stessi. In sostanza, sono state recepite e generalizzate pratiche già diffusamente utilizzate in alcuni degli stati membri, pur con la necessaria flessibilità.

Il nostro legislatore ha recepito le due direttive mediante il d.lgs. 163/2006, noto come "Codice dei contratti pubblici", che nel panorama legislativo nazionale ha sostituito la precedente l. 109/1994<sup>43</sup>, emanata in un periodo storico nel quale il tema del regolare svolgimento delle gare ad evidenza pubblica ha rappresentato la chiave di volta del mutamento del quadro politico nazionale. Il 27 Gennaio 2011 la Commissione Europea ha dato avvio ad un nuovo processo di consultazione riguardante la possibilità di

---

41 S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 398.

42 I settori esclusi sono quelli che, per la presenza di imprese titolari di diritti speciali o esclusivi, richiedono regole particolari. Esempi tipici sono acqua, elettricità, gas, trasporti e servizi postali.

43 Cosiddetta "Legge Merloni".

modificare la legislazione inerente gli appalti pubblici, mediante la pubblicazione di un apposito Libro Verde.

L'obiettivo dichiarato era quello di ammodernare gli strumenti e i metodi esistenti al fine di renderli maggiormente idonei alla costante evoluzione del contesto politico, sociale ed economico<sup>44</sup>. Questo mutamento si colloca nell'ambito della cosiddetta "strategia Europa 2020", basata su tre presupposti interconnessi che si rafforzano a vicenda: sviluppo di un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione, promozione di un'economia efficiente e competitiva con riferimento alle risorse e incoraggiamento del sistema economico mediante un alto tasso di occupazione capace di favorire la coesione sociale e territoriale. In tale contesto gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale, in quanto funzionali al miglioramento del clima imprenditoriale e del contesto per l'innovazione delle imprese.

Con questi presupposti, il 15 Gennaio 2014 il Parlamento Europeo ha approvato in seduta plenaria i testi delle tre nuove direttive in materia di appalti nel settore ordinario (servizi, lavori e forniture), nel settore speciale (acqua, energia, trasporti e servizi postali) e in tema di concessioni, adottando rispettivamente le dir. 2014/24 U.E., 2014/25 U.E. e 2014/23 U.E., pubblicate sulla G.U.U.E. del 28 marzo 2014. Il legislatore nazionale, in ottemperanza all'obbligo di recepimento di tali testi normativi entro il termine di due anni, ha adottato il d.d.l. 1678/2014, che dovrebbe condurre alla compilazione di un unico e innovativo testo normativo denominato «Codice degli appalti pubblici e delle concessioni», che rechi le disposizioni legislative in materia di procedure di affidamento, di gestione e di esecuzione degli appalti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture e di concessione di lavori e servizi, così come disciplinato dalle tre direttive, garantendo l'effettivo coordinamento con le altre disposizioni normative in vigore.

Come specificato in sede di delega, la semplificazione e l'armonizzazione delle suddette disposizioni dovrà avvenire anche attraverso la promozione di soluzioni innovative, con particolare riguardo allo sviluppo delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale, nonché degli interventi in materia di mitigazione del rischio idrogeologico, anche al fine di evitare il costante ricorso a previsioni derogatorie rispetto alla disciplina ordinaria. Di particolare rilievo è criterio direttivo specifico riguardante la trasparenza e pubblicità delle procedure di gara e delle

---

44 D. ANSELMINI, *Uno sguardo al futuro: le nuove direttive in materia di appalti*, p.1.

fasi ad essa prodromiche e successive; con esso si intende dare un contributo alle attività di lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici, garantito e reso effettivo anche dalla previsione di poteri di vigilanza e controllo sull'applicazione delle norme in materia, in coerenza con la decisa azione di contrasto all'illegalità e ai fenomeni corruttivi intrapresa dal Governo<sup>45</sup>.

Novità di rilievo delle nuove direttive è la presenza di una sezione dedicata alla fase di esecuzione del contratto, in precedenza scarsamente considerata dal legislatore europeo e per questo motivo diversamente regolamentata nell'ambito delle diverse legislazioni nazionali<sup>46</sup>. Si tratta di una fase particolarmente delicata in quanto comprendente i meccanismi di subappalto, di rinegoziazione e di risoluzione del contratto stipulato.

## **2. Le Società Organismo di Attestazione (S.O.A.)**

La normativa nazionale ha previsto un particolare sistema di qualificazione per le imprese che intendono partecipare ad una gara pubblica. Queste devono necessariamente rivolgersi ad una Società Organismo di Attestazione (S.O.A.) per ottenere il rilascio di un atto mediante il quale si certifica la sussistenza dei requisiti di ordine generale nonché tecnico organizzativi conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione; più specificatamente la verifica è focalizzata sul possesso dei requisiti definiti dal d.P.R. 207/2010 in tema di qualificazione<sup>47</sup>, in mancanza dei quali è preclusa la possibilità di partecipare alla gara pubblica.

Tale sistema ha trovato definitiva consacrazione con il d.P.R. 34/2000<sup>48</sup> ed ha sostituito il vecchio metodo di iscrizione all'albo nazionale dei costruttori, istituito nel 1962 e caratterizzato da un livello unico di verifica della capacità imprenditoriale dei soggetti intenzionati a partecipare a gare d'appalto. Con il vecchio sistema l'impresa, una volta conseguita l'iscrizione, veniva posta nelle condizioni di partecipare alle gare senza l'obbligo di fornire alcuna prova ulteriore riguardo la propria idoneità. Tale meccanismo comportava una rigorosa selezione al momento dell'ingresso, ma una eccessiva

---

45 D.d.l. 1678/2014, cit.

46 Nel nostro ordinamento la fase di esecuzione del contratto è disciplinata quasi integralmente dal d.P.R. 207/2010, che costituisce il regolamento di attuazione del d.lgs. 163/2006.

47 Artt. 60 e ss. d.P.R. 207/2010.

48 Cosiddetto *Regolamento Bargone*.

semplificazione delle procedure per le imprese già entrate nel mercato e non poteva reggere l'urto del gran numero di iscrizioni a cui si è dovuto far fronte a partire dagli anni Ottanta.

In virtù di tali esigenze ha preso corpo l'attuale sistema S.O.A., ideato in maniera tale che società di diritto privato svolgano attività di natura pubblicistica, rendendo effettivo il sistema di qualificazione unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo superiore a 150mila euro. In particolare, ai sensi dell'art. 40 comma 3 del d.lgs. 163/2006<sup>49</sup>, le S.O.A. espletano la loro attività nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale e finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori. Tali società sono state originariamente concepite per operare sotto lo stretto controllo dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture (A.V.C.P.), che verificava, tra l'altro, il permanere dei principi di indipendenza di giudizio e di moralità professionale in capo agli amministratori, ai soci e ai dipendenti delle S.O.A., pena la decadenza dell'autorizzazione.

Il d.l. 90/2014, convertito con la l. 114/2014, ha soppresso l'A.V.C.P. e trasferito le relative competenze in materia di vigilanza dei contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione, ridisegnando la missione istituzionale della stessa. Questa può essere individuata nella prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche e nelle società partecipate e controllate, anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi. L'obiettivo è quello di evitare l'aggravio dei procedimenti, che avrebbe notevoli ricadute negative sui

---

<sup>49</sup> Il sistema di qualificazione è attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati dall'Autorità, sentita un'apposita commissione consultiva istituita presso l'Autorità medesima. Alle spese di finanziamento della commissione consultiva si provvede a carico del bilancio dell'Autorità, nei limiti delle risorse disponibili. L'attività di attestazione è esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori. Agli organismi di attestazione è demandato il compito di attestare l'esistenza nei soggetti qualificati di: a) certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000; b) requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione. Tra i requisiti tecnico organizzativi rientrano i certificati rilasciati alle imprese esecutrici dei lavori pubblici da parte delle stazioni appaltanti. Gli organismi di attestazione acquisiscono detti certificati unicamente dall'Osservatorio, cui sono trasmessi, in copia, dalle stazioni appaltanti.

cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici con interventi in sede consultiva e di regolazione<sup>50</sup>.

La chiave dell'attività della nuova A.N.A.C., nella visione attualmente espressa anche in tema di contratti pubblici, è quella di vigilare per prevenire la corruzione, creando una rete di collaborazione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche e al contempo aumentando l'efficienza nell'utilizzo delle risorse in modo da ridurre i controlli formali, che comportano consistenti appesantimenti procedurali e sensibili incrementi dei costi per la pubblica amministrazione, senza creare valore occupazionale per i cittadini e per le imprese. A prescindere dal tenore garantista del già citato art. 40 comma 3 d.lgs. 163/2006, ciò che maggiormente desta perplessità è il fatto che il sistema di attestazione dei requisiti generali risulti essere, di fatto, gestito da soggetti privati, seppur sotto il controllo di una autorità pubblica. Un effetto negativo di tale scelta legislativa è quello di creare un evidente conflitto d'interessi, che si genera nel momento in cui tali società si pongono in competizione con il fine di acquisire quote di mercato, pur consapevoli che l'attività che andranno a svolgere è dedicata all'esercizio di una pubblica funzione.

Proprio in virtù di questo intreccio istituzionale, è sorta la necessità di una forte regolamentazione in tema di composizione azionaria delle S.O.A: il conflitto di interessi che può venire in essere nel momento in cui i soci di una società operante nel settore dei lavori pubblici sono contemporaneamente soci di una S.O.A. è intrinsecamente connesso al rischio di anomalie gestionali e soggetto inevitabilmente a corruzione. Considerate tali importanti problematiche, il secondo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici<sup>51</sup> ha cercato di rafforzare il sistema delle S.O.A. attraverso un duplice meccanismo correttivo: in primo luogo, è stata definitivamente riconosciuta la natura pubblicistica di tali società, con conseguente applicazione delle sanzioni penali a carico dei pubblici funzionari nell'espletamento della loro funzione<sup>52</sup> e degli effetti dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti; in secondo luogo, è stata potenziata l'attività di monitoraggio, originariamente devoluta all'A.V.C.P. e ora di competenza dell'A.N.A.C.

È proprio quest'ultima che rilascia alle S.O.A. l'autorizzazione a svolgere l'attività di attestazione e che ha la facoltà, in ogni momento, di dichiararne la decadenza ovvero

---

50 <http://www.avcp.it/portal/public/classic/Autorita>.

51 D.lgs. 113/2007.

52 Ci si riferisce, in particolare, al falso materiale (476 c.p.) e al falso ideologico (479 c.p.) commessi da un Pubblico Ufficiale in atto pubblico.

accertare il contenuto degli atti di qualificazione. Ancora: all'A.N.A.C. è attribuito l'ulteriore potere di sospendere in via cautelare l'efficacia delle attestazioni rilasciate dalle società, annullandole o revocandole in caso di inerzia rispetto ad un invito a provvedere all'accertamento della reale sussistenza dei requisiti, ovvero in caso di dichiarazioni mendaci o produzione di falsa documentazione riscontrate a seguito della consultazione dal casellario informatico.

Ulteriore fattore di debolezza dell'attuale sistema di qualificazione è costituito dal frequente ricorso da parte delle S.O.A. a personale esterno, non inquadrato stabilmente nel proprio organico: è proprio in relazione a tali categorie di soggetti che si corre il maggior rischio di falsificazioni delle attestazioni. Proprio nel tentativo di arginare un fenomeno ormai noto per il quale gli appaltatori forniscono documentazioni non veritiere alle S.O.A. ai fini del rilascio dell'attestazione, il legislatore ha previsto che se l'appaltatore ha prodotto falsa documentazione ed ha indotto in errore la società per ottenere l'atto, il responsabile del procedimento sarà obbligato a risolvere il contratto eventualmente stipulato.

#### 2.1. *Segue: la richiesta di documentazione antimafia ai fini del rilascio dell'attestazione*

Tra i requisiti di carattere generale occorrenti per il conseguimento dell'attestato di qualificazione di cui al già citato art. 40 comma 4 lett. d) d.lgs. 163/2006<sup>53</sup>, è richiesta, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. b)<sup>54</sup> dello stesso Codice, richiamato dall'art. 78 del d.P.R.

---

53. Il regolamento definisce in particolare:

d) i requisiti di ordine generale in conformità all'articolo 38, e i requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari di cui al comma 3, lettera b), con le relative misure in rapporto all'entità e alla tipologia dei lavori. Vanno definiti, tra i suddetti requisiti, anche quelli relativi alla regolarità contributiva e contrattuale, ivi compresi i versamenti alle casse edili. Tra i requisiti di capacità tecnica e professionale il regolamento comprende, nei casi appropriati, le misure di gestione ambientale.

54 1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società.

n. 207/2010<sup>55</sup>, l'assenza della pendenza del procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575. La l. 1423/1956 e la l. 575/1965, richiamate dal menzionato articolo 38 comma 1 lett. b) sono state abrogate in virtù dell'entrata in vigore del d.lgs. 159/2011, con la conseguenza che i richiami normativi anzidetti devono ritenersi sostituiti con le nuove disposizioni in materia. Nello specifico, il disposto dell'art. 3 l. 1423/1956 è stato assorbito dall'art. 6 del d.lgs. 159/2011<sup>56</sup>, mentre l'art. 10 l. 575/1965 deve intendersi sostituito dall'art. 67 del medesimo decreto legislativo<sup>57</sup>.

---

55 1. I requisiti d'ordine generale occorrenti per la qualificazione sono quelli previsti dagli articoli 38, comma 1, e 39, commi 1 e 2, del codice.

56 1. Alle persone indicate nell'articolo 4, quando siano pericolose per la sicurezza pubblica, può essere applicata, nei modi stabiliti negli articoli seguenti, la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza. 2. Salvi i casi di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a) e b), alla sorveglianza speciale può essere aggiunto, ove le circostanze del caso lo richiedano, il divieto di soggiorno in uno o più comuni, diversi da quelli di residenza o di dimora abituale o in una o più Province. 3. Nei casi in cui le altre misure di prevenzione non sono ritenute idonee alla tutela della sicurezza pubblica può essere imposto l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale.

57 1. Le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II non possono ottenere: e) attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici. 2. Il provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione determina la decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, attestazioni, abilitazioni ed erogazioni di cui al comma 1, nonché il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera. Le licenze, le autorizzazioni e le concessioni sono ritirate e le iscrizioni sono cancellate ed è disposta la decadenza delle attestazioni a cura degli organi competenti. 3. Nel corso del procedimento di prevenzione, il tribunale, se sussistono motivi di particolare gravità, può disporre in via provvisoria i divieti di cui ai commi 1 e 2 e sospendere l'efficacia delle iscrizioni, delle erogazioni e degli altri provvedimenti ed atti di cui ai medesimi commi. Il provvedimento del tribunale può essere in qualunque momento revocato dal giudice precedente e perde efficacia se non è confermato con il decreto che applica la misura di prevenzione. 4. Il tribunale, salvo quanto previsto all'articolo 68, dispone che i divieti e le decadenze previsti dai commi 1 e 2 operino anche nei confronti di chiunque conviva con la persona sottoposta alla misura di prevenzione nonché nei confronti di imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona sottoposta a misura di prevenzione sia amministratore o determini in qualsiasi modo scelte e indirizzi. In tal caso i divieti sono efficaci per un periodo di cinque anni.

6. Salvo che si tratti di provvedimenti di rinnovo, attuativi o comunque conseguenti a provvedimenti già disposti, ovvero di contratti derivati da altri già stipulati dalla pubblica amministrazione, le licenze, le autorizzazioni, le concessioni, le erogazioni, le abilitazioni e le iscrizioni indicate nel comma 1 non possono essere rilasciate o consentite e la conclusione dei contratti o subcontratti indicati nel comma 2 non può essere consentita a favore di persone nei cui confronti è in corso il procedimento di prevenzione senza che sia data preventiva comunicazione al giudice competente, il quale può disporre, ricorrendone i presupposti, i divieti e le sospensioni previsti a norma del comma 3. A tal fine, i relativi procedimenti amministrativi restano sospesi fino a quando il giudice non provvede e, comunque, per un periodo non superiore a venti giorni dalla data in cui la pubblica amministrazione ha proceduto alla comunicazione. 8. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 4 si applicano anche nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale.

Ne consegue che, in virtù del combinato disposto dell'art. 38, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti con l'art. 78 d.P.R. 207/2010 e sulla base delle abrogazioni disposte dal d.lgs. 159/2011, non può ottenere l'attestato di qualificazione l'impresa nei cui confronti sia accertata la pendenza del procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione personali di competenza dell'autorità giudiziaria (art. 6 d.lgs. 159/2011) ovvero la sussistenza di una delle cause ostative previste dall'art. 67 del medesimo decreto legislativo. Focalizzato il quadro normativo di riferimento, è necessario porre l'attenzione sul fatto che tra le norme intervenute e quelle precedentemente in vigore non si riscontra una perfetta e totale sovrapposibilità, con la conseguenza che è sorta l'esigenza di un forte coordinamento tra il codice dei contratti e il codice antimafia (*ius superveniens*) in ordine all'applicazione di tali norme nell'ambito del sistema di qualificazione. Una prima criticità riguarda l'ambito soggettivo di applicazione delle verifiche antimafia, in quanto tra l'art. 38 comma 1 lett. b) d.lgs. 163/2006 e l'art. 85 d.lgs. 159/2011<sup>58</sup> non vi è corrispondenza dei soggetti coinvolti, con quest'ultima previsione

---

58 1. La documentazione antimafia, se si tratta di imprese individuali, deve riferirsi al titolare ed al direttore tecnico, ove previsto. 2. La documentazione antimafia, se si tratta di associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, deve riferirsi, oltre che al direttore tecnico, ove previsto: a) per le associazioni, a chi ne ha la legale rappresentanza; b) per le società di capitali anche consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, per le società cooperative, di consorzi cooperativi, per i consorzi di cui al libro V, titolo X, capo II, sezione II, del codice civile, al legale rappresentante e agli eventuali altri componenti l'organo di amministrazione, nonché a ciascuno dei consorziati che nei consorzi e nelle società consortili detenga una partecipazione superiore al 10 per cento oppure detenga una partecipazione inferiore al 10 per cento e che abbia stipulato un patto parasociale riferibile a una partecipazione pari o superiore al 10 per cento, ed ai soci o consorziati per conto dei quali le società consortili o i consorzi operino in modo esclusivo nei confronti della pubblica amministrazione; c) per le società di capitali, anche al socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, ovvero al socio in caso di società con socio unico; d) per i consorzi di cui all'articolo 2602 del codice civile e per i gruppi europei di interesse economico, a chi ne ha la rappresentanza e agli imprenditori o società consorziate; e) per le società semplice e in nome collettivo, a tutti i soci; f) per le società in accomandita semplice, ai soci accomandatari; g) per le società di cui all'articolo 2508 del codice civile, a coloro che le rappresentano stabilmente nel territorio dello Stato; h) per i raggruppamenti temporanei di imprese, alle imprese costituenti il raggruppamento anche se aventi sede all'estero, secondo le modalità indicate nelle lettere precedenti; i) per le società personali ai soci persone fisiche delle società personali o di capitali che ne siano socie. 2-bis. Oltre a quanto previsto dal precedente comma 2, per le associazioni e società di qualunque tipo, anche prive di personalità giuridica, la documentazione antimafia è riferita anche ai soggetti membri del collegio sindacale o, nei casi contemplati dall'articolo 2477 del codice civile, al sindaco, nonché ai soggetti che svolgono i compiti di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. 2-ter. Per le società costituite all'estero, prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato, la documentazione antimafia deve riferirsi a coloro che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione dell'impresa. 2-quater. Per le società di capitali di cui alle lettere b) e c) del comma 2, concessionarie nel settore dei giochi pubblici, oltre a quanto previsto nelle medesime lettere, la documentazione antimafia deve riferirsi anche ai soci persone fisiche che detengono, anche indirettamente, una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 2 per cento, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti. Nell'ipotesi in cui i

normativa che ricomprende, nel comma 2-bis, anche “*i soggetti membri del collegio sindacale o, nei casi contemplati dall’articolo 2477 del codice civile, il sindaco, nonché i soggetti che svolgono i compiti di vigilanza di cui all’articolo 6, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*”. Ai fini del rilascio dell’attestato di qualificazione quale è la norma da prendere in considerazione?

Per risolvere il dilemma è essenziale analizzare i già citati artt. 67 e 83 d.lgs. 159/2011, mediante i quali emerge la chiara necessità di estendere i controlli secondo le disposizioni introdotte dal Codice antimafia, interpretando in senso estensivo la funzione certificativa posta in capo alle S.O.A., che in virtù della potestà pubblica esercitata non possono permettersi di creare pericolosi vuoti di tutela. Come già evidenziato, il Codice antimafia costituisce *ius superveniens* rispetto al Codice dei contratti e, dunque, deve ritenersi che abbia innovato in senso integrativo il disposto dell’art. 38 di quest’ultimo. Altra problematica sorta dal coordinamento dell’art. 38 comma 1 lett. b) del Codice dei contratti con le disposizioni di cui al d.lgs. 159/2011, riguarda la tipologia di documentazione da acquisire per le verifiche antimafia in sede di rilascio dell’attestato di qualificazione. L’art. 84 d.lgs. 159/2011<sup>59</sup> effettua una *summa divisio* in ordine alla tipologia

---

soci persone fisiche detengano la partecipazione superiore alla predetta soglia mediante altre società di capitali, la documentazione deve riferirsi anche al legale rappresentante e agli eventuali componenti dell’organo di amministrazione della società socia, alle persone fisiche che, direttamente o indirettamente, controllano tale società, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti. La documentazione di cui al periodo precedente deve riferirsi anche al coniuge non separato. 3. L’informazione antimafia deve riferirsi anche ai familiari conviventi di maggiore età dei soggetti di cui ai commi 1, 2, 2-bis, 2-ter e 2-quater che risiedono nel territorio dello Stato.

59 1. La documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione antimafia e dall’informazione antimafia. 2. La comunicazione antimafia consiste nell’attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all’articolo 67. 3. L’informazione antimafia consiste nell’attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all’articolo 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall’articolo 91, comma 6, nell’attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4. 4. Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all’adozione dell’informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte: a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all’articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all’articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l’esimente di cui all’articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall’omessa denuncia all’autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell’articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell’articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l’applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; d) dagli accertamenti disposti dal prefetto

di documentazione, differenziando la comunicazione antimafia dalla informazione antimafia, prevedendo per quest'ultima l'obbligo di menzione dei "tentativi di infiltrazione mafiosa" tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi della società. L'art. 91 del Codice antimafia<sup>60</sup> prevede che l'informazione debba essere richiesta dalle pubbliche amministrazioni prima del rilascio dei provvedimenti indicati nell'art. 67, tra i quali ritroviamo l'attestazione di qualificazione. Anche in tal caso il connubio delle norme sopra indicate con l'art. 38 del Codice dei contratti deve tener conto del criterio della successione delle leggi nel tempo, dando quindi prevalenza alle disposizioni del Codice antimafia, in virtù delle quali le S.O.A. devono acquisire l'informazione e non la semplice comunicazione.

L'ultimo aspetto critico da evidenziare è quello relativo ai termini di rilascio della documentazione. Fino all'attivazione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia di cui all'art. 97 d.lgs. 159/2011<sup>61</sup>, i soggetti di cui all'art. 83,

---

anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d); f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia. 4-bis. La circostanza di cui al comma 4, lettera c), deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente alla prefettura della provincia in cui i soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, hanno sede ovvero in cui hanno residenza o sede le persone fisiche, le imprese, le associazioni, le società o i consorzi interessati ai contratti e subcontratti di cui all'articolo 91, comma 1, lettere a) e c) o che siano destinatari degli atti di concessione o erogazione di cui alla lettera b) dello stesso comma 1.

60 1. I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, devono acquisire l'informazione di cui all'articolo 84, comma 3, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67, il cui valore sia: a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati; b) superiore a 150mila euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali; c) superiore a 150mila euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche.

61 1. Ai fini del rilascio della documentazione antimafia, la banca dati nazionale unica può essere consultata, secondo le modalità di cui al regolamento previsto dall'articolo 99, da:

- a) i soggetti indicati dall'articolo 83, commi 1 e 2, del presente decreto;
- b) le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura;
- c) gli ordini professionali;

commi 1 e 2 (tra i quali, come specificato, devono ritenersi incluse le S.O.A.) acquisiscono la documentazione antimafia direttamente dalle Prefetture competenti ai sensi dell'art. 87, commi 1 e 2 e dell'art. 90, commi 1 e 2 del Codice antimafia. Per il rilascio di tale documentazione devono osservarsi i termini di cui agli articoli 88<sup>62</sup> e 92<sup>63</sup> dello stesso

---

c-bis) l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per le finalità di cui all'articolo 6-bis del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 16.

62 1. Il rilascio della comunicazione antimafia è immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati nazionale unica quando non emerge, a carico dei soggetti ivi censiti, la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67. In tali casi, la comunicazione antimafia liberatoria attesta che la stessa è emessa utilizzando il collegamento alla banca dati nazionale unica. 2. Quando dalla consultazione della banca dati nazionale unica emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, il prefetto effettua le necessarie verifiche e accerta la corrispondenza dei motivi ostativi emersi dalla consultazione della banca dati nazionale unica alla situazione aggiornata del soggetto sottoposto agli accertamenti. 3. Qualora le verifiche effettuate ai sensi del comma 2 diano esito positivo, il prefetto rilascia la comunicazione antimafia interdittiva ovvero, nel caso in cui le verifiche medesime diano esito negativo, il prefetto rilascia la comunicazione antimafia liberatoria attestando che la stessa è emessa utilizzando il collegamento alla banca dati nazionale unica. 3-bis. Il prefetto procede alle stesse verifiche quando la consultazione della banca dati nazionale unica è eseguita per un soggetto che risulti non censito. 4. Nei casi previsti dai commi 2, 3 e 3-bis, *il Prefetto rilascia la comunicazione antimafia entro trenta giorni dalla data della consultazione di cui all'articolo 87, comma 1.* 4-bis. *Decorso il termine di cui al comma 4, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza della comunicazione antimafia, previa acquisizione dell'autocertificazione di cui all'articolo 89.* In tale caso, i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva e i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite. 4-ter. La revoca e il recesso di cui al comma 4-bis si applicano anche quando la sussistenza delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 è accertata successivamente alla stipula del contratto, alla concessione di lavori o all'autorizzazione al subcontratto. 4-quater. Il versamento delle erogazioni di cui all'articolo 67, comma 1, lettera g) può essere in ogni caso sospeso fino alla ricezione da parte dei soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, della comunicazione antimafia liberatoria. 4-quinquies. La comunicazione antimafia interdittiva è comunicata dal prefetto, entro cinque giorni dalla sua adozione, all'impresa, società o associazione interessata, secondo le modalità previste dall'articolo 79, comma 5-bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

63 1. Il rilascio dell'informazione antimafia è immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati nazionale unica quando non emerge, a carico dei soggetti ivi censiti, la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4. In tali casi l'informazione antimafia liberatoria attesta che la stessa è emessa utilizzando il collegamento alla banca dati nazionale unica. 2. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, quando dalla consultazione della banca dati nazionale unica emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, *il prefetto dispone le necessarie verifiche e rilascia l'informazione antimafia interdittiva entro trenta giorni dalla data della consultazione. Quando le verifiche disposte siano di particolare complessità, il prefetto ne dà comunicazione senza ritardo all'amministrazione interessata, e fornisce le informazioni acquisite nei successivi quarantacinque giorni.* Il prefetto procede con le stesse modalità quando la consultazione della banca dati nazionale unica è eseguita per un soggetto che risulti non censito. 2-bis. *L'informazione antimafia interdittiva è comunicata dal prefetto, entro cinque giorni dalla sua adozione, all'impresa, società o associazione interessata, secondo le modalità previste dall'articolo 79, comma 5-bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.* Il prefetto, adottata l'informazione antimafia interdittiva, verifica altresì la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, e, in caso positivo, ne informa tempestivamente il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione. 3. *Decorso il termine di cui al comma 2, primo periodo, ovvero, nei casi di urgenza, immediatamente, i soggetti di cui*

decreto legislativo, i quali stabiliscono il termine di trenta giorni, prorogabili di ulteriori quarantacinque in casi particolari, per il rilascio da parte della Prefettura della comunicazione antimafia e dell'informazione antimafia.

Per l'informazione antimafia, lo stesso art. 92 ha espressamente stabilito che, decorso il termine previsto, i soggetti richiedenti procedono anche in assenza di tale documento, anche se è da notare come non sia stata prevista analoga disposizione in relazione al mancato rilascio, entro i termini indicati, della comunicazione antimafia da parte del Prefetto.

Occorre a questo punto comprendere se le S.O.A. possano procedere all'emissione dell'attesto di qualificazione anche in assenza di un esplicito riscontro degli uffici prefettizi. Nel momento in cui si è chiamati a confrontarsi con termini posti dal legislatore, è necessario innanzitutto comprenderne la natura, al fine di cogliere eventuali conseguenze giuridiche derivanti dal mancato rispetto degli stessi.

A tal proposito, si osserva che il termine previsto per il rilascio dell'informazione antimafia è da intendersi come ordinatorio<sup>64</sup>. Seguendo il dato letterale della norma, la possibilità di procedere al rilascio dei provvedimenti richiesti anche in assenza dell'informazione antimafia è contemplata per “*i soggetti di cui all'art. 83, commi 1 e 2*”, e quindi anche per le S.O.A. Queste ultime possono, dunque, provvedere all'emissione dell'attestato di qualificazione nelle more del rilascio dell'informazione prefettizia, nel caso in cui siano decorsi infruttuosamente i termini di cui all'art. 92. In questo caso, è comunque posto in capo alle società l'obbligo di procedere alla revoca del predetto documento ex art. 40 comma 9 ter<sup>65</sup> del Codice dei contratti, nel caso di intervenuta informazione antimafia interdittiva.

---

*all'articolo 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza dell'informazione antimafia.* I contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva e i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite. 4. La revoca e il recesso di cui al comma 3 si applicano anche quando gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa siano accertati successivamente alla stipula del contratto, alla concessione dei lavori o all'autorizzazione del subcontratto. 5. Il versamento delle erogazioni di cui all'articolo 67, comma 1, lettera g), può essere in ogni caso sospeso fino alla ricezione da parte dei soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, dell'informazione antimafia liberatoria.

64 Circolare del Ministero dell'Interno del 13 febbraio 2013.

65 9-ter. Le SOA hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità l'avvio del procedimento di accertamento del possesso dei requisiti nei confronti delle imprese nonché il relativo esito. Le SOA hanno l'obbligo di dichiarare la decadenza dell'attestazione di qualificazione qualora accertino che la stessa sia stata rilasciata in carenza dei requisiti prescritti dal regolamento, ovvero che sia venuto meno il possesso dei

Recentemente l'A.N.A.C.<sup>66</sup> ha sollecitato un intervento legislativo di modifica dell'articolo 97 d.lgs. 159/2011, al fine di chiarire (anche se il tenore letterale dell'art. 83 d.lgs. 159/2011 dovrebbe lasciare pochi spazi ad interpretazioni contrarie) se le S.O.A. rientrino tra i soggetti abilitati all'accesso alla banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, e con quali modalità sia possibile, eventualmente, acquisire la comunicazione. Ha suggerito, infine, una revisione della normativa, affinché sia definito l'obbligo per le SOA di acquisire, in sede di rilascio dell'attestazione di qualificazione, la sola comunicazione antimafia.

### **3. I requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare**

Nel nostro ordinamento, alle gare ad evidenza pubblica possono prendere parte esclusivamente soggetti in possesso di determinati requisiti, sia di ordine morale (cosiddetti requisiti di ordine generale) sia di carattere speciale (cosiddetti requisiti di idoneità professionale, di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionali). Il confronto competitivo, prodromico all'aggiudicazione della gara, deve infatti avvenire tra operatori economici che offrano sufficienti garanzie di serietà e affidabilità da un punto di vista morale, nonché di capacità professionali. Più precisamente, detti requisiti soggettivi sono richiesti per prendere parte ai procedimenti volti all'affidamento di concessioni (sia di lavori pubblici che di servizi) e di appalti pubblici (di lavori, servizi e forniture), indipendentemente dal loro valore e dal settore di riferimento.

I requisiti di ordine generale sono disciplinati dall'art. 38 d.lgs. 163/2006, il quale stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

- che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;

---

predetti requisiti; in caso di inadempienza l'Autorità procede a dichiarare la decadenza dell'autorizzazione alla SOA all'esercizio dell'attività di attestazione.  
66 Segnalazione del 2 settembre 2014, n. 1.

- nei cui confronti è pendente un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575. L'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società;

- nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale. È comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio. L'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata. L'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima;

- che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria;

- che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio;

- che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara;

- che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse;

- nei cui confronti risulta l'iscrizione nel casellario informatico per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti;

- che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali;

- nei cui confronti risulta l'iscrizione nel casellario informatico per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione S.O.A.;

- che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale. Per quel che in questa sede maggiormente interessa, risulta fondamentale l'analisi delle condizioni relative all'assenza di procedimenti finalizzati all'applicazione di una misura di prevenzione, alla non commissione di reati incidenti sulla moralità professionale e alla assenza di situazioni di controllo rispetto ad altri partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica.

### 3.1. *Assenza di procedimenti finalizzati all'applicazione di misure di prevenzione*

La sensibilità legislativa rispetto al fenomeno della criminalità organizzata ha avuto un importante momento di svolta con l'emanazione del d.lgs. 159/2011, che ha riordinato la disciplina previgente in materia di misure di prevenzione, contenuta in testi normativi nei quali l'organicità non risultava uno dei tratti caratteristici. L'art. 38 comma 1 lett. b) d.lgs. 163/2006, a tal proposito, contiene un rimando all'art. 3 l. 1423/1956 e all'art. 10 l. 575/1965. Tali rimandi devono ritenersi, in virtù del riordino della disciplina, rispettivamente riferiti agli artt. 6 e 67 del citato d.lgs. 159/2011. Le misure di prevenzione personali seguono, ai fini applicativi, un doppio binario, che si estrinseca nella doppia competenza del Questore e dell'autorità giudiziaria, a seconda che la misura sia di

carattere amministrativo (avviso orale e allontanamento con foglio di via obbligatorio, per quel che in questa sede rileva) ovvero giurisdizionale (sorveglianza speciale, che può prevedere il *surplus* dell'obbligo o del divieto di soggiorno).

La competenza dell'autorità giudiziaria non deve trarre in inganno rispetto alla natura del procedimento, che rimane saldamente in ambito amministrativo. Tale competenza nasce dall'obbligo di rispettare il dettato dell'art. 13 comma 2 della Costituzione, in virtù del quale non sono ammesse restrizioni della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

Tale meccanismo ha imposto il coinvolgimento dell'A.G., mediante un'udienza di convalida nel quale è necessaria la presenza del difensore del soggetto destinatario della misura, per garantire altresì il pieno rispetto del diritto di difesa. In virtù del rimando all'art. 6 d.lgs. 159/2011, si può affermare con certezza che l'art. 38 comma 1 lett. b) faccia esclusivo riferimento alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale (a maggior ragione se con divieto ovvero obbligo di soggiorno).

Il procedimento di prevenzione deve essere considerato “pendente” soltanto a seguito dell'iscrizione nell'apposito registro della cancelleria del tribunale della proposta di applicazione della misura, formulata da uno dei soggetti legittimati in tal senso, che si identificano nel Procuratore nazionale antimafia, Procuratore della repubblica presso il tribunale capoluogo di distretto di corte d'appello, Direttore della direzione investigativa antimafia e Questore. I soggetti interessati dalla disposizione in esame sono:

- Il titolare o il direttore tecnico per le imprese individuali;
- I soci o il direttore tecnico per le società in nome collettivo;
- I soci accomandatari o direttore tecnico per le società in accomandita semplice;
- Gli amministratori con poteri di rappresentanza, il direttore tecnico, il socio unico (persona fisica), il socio di maggioranza (in caso di società con meno di quattro soci) se si tratta di altro tipo di società. La locuzione “socio di maggioranza”, che ha suscitato qualche perplessità in sede ermeneutica, deve essere interpretata nel senso di effettuare i controlli nei confronti del soggetto che detiene il controllo della società (esercitabile anche in caso di maggioranza relativa). Ciò è conforme alla *ratio* della norma, che ha come obiettivo quello di sottoporre ad una verifica più incisiva, estesa ai soci, esclusivamente quelle società in cui, per via della ridotta composizione azionaria, i singoli soci potrebbero assumere un'influenza dominante.

### 3.2. Assenza di condanne per reati incidenti sulla moralità professionale

Il tenore dell'art. 38 comma 1 lett. c) fa espresso riferimento alla condizione necessaria di una sentenza penale di condanna divenuta irrevocabile e a tal proposito i principi cardine in materia di giudicato li ritroviamo all'art. 648<sup>67</sup> e all'art. 650<sup>68</sup> del codice di procedura penale. Occorre verificare, per la sussistenza della causa ostativa in esame, se sussiste o meno l'incidenza che il reato deve avere, *ex lege*, in relazione alla moralità professionale. Tale operazione è resa particolarmente complicata a causa dell'assenza di fattispecie penali di riferimento, che l'art. 38 non menziona.

L'interprete dunque è stato chiamato a colmare questa lacuna legislativa e con il tempo si son venuti a delineare due filoni interpretativi: quello restrittivo e quello estensivo. Secondo la linea ermeneutica più restrittiva i “reati in danno dello Stato o della Comunità” sarebbero solo quelli contemplati dal Titolo I del Libro II del codice penale<sup>69</sup>, ai quali si aggiungerebbero quei reati che nello stesso codice penale si riferiscano, nei relativi elementi oggettivi, a condotte in danno alternativamente dello Stato ovvero della Comunità Europea<sup>70</sup>. Si tratta di un'impostazione troppo rigida, che finirebbe per svuotare la *ratio legis* sottesa alla norma, cioè quella di mantenere un rinvio elastico alle fattispecie penali, che la stazione appaltante dovrà cercare di adattare rispetto alle circostanze di tempo e luogo.

Ancora: seguendo tale indirizzo non sarebbe chiara la ragione per la quale il legislatore abbia indicato, sempre nella lettera c), oltre alle sentenze di condanna irrevocabili, anche il patteggiamento ed il decreto penale di condanna, pronunce riferite a fattispecie di reato dal *quantum* sanzionatorio inferiore, nelle quali non è possibile ricomprendere i delitti di cui al Titolo I del Libro II del codice penale. Appare preferibile dunque accogliere la tesi estensiva, in base alla quale i “reati in danno dello Stato o della

---

67 1. Sono irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione. 2. Se l'impugnazione è ammessa, la sentenza è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporla o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile. Se vi è stato ricorso per cassazione, la sentenza è irrevocabile dal giorno in cui è pronunciata l'ordinanza o la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso. 3. Il decreto penale di condanna è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporre opposizione o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile.

68 1 Salvo che sia diversamente disposto, le sentenze e i decreti penali hanno forza esecutiva quando sono divenuti irrevocabili. 2. Le sentenze di non luogo a procedere hanno forza esecutiva quando non sono più soggette a impugnazione.

69 Artt. Da 241 a 313 c.p., inerenti i “Delitti contro la personalità dello Stato”.

70 Si prenda, come esempio, l'art. 316-bis c.p., inerente la “Malversazione ai danni dello Stato”.

Comunità” sarebbero individuati volta per volta dalla stazione appaltante, che ovviamente dovrà fornire dettagliata motivazione circa l’operato posto in essere. Una lettura maggiormente improntata a canoni penali di tassatività l’ha fornita l’autorità per la vigilanza dei contratti pubblici nella delibera 56/00, sancendo che i reati che incidono sulla moralità professionale devono intendersi:

- Quelli contro la pubblica amministrazione;
- Quelli contro l’ordine pubblico;
- Quelli contro la fede pubblica;
- Quelli contro il patrimonio;
- Quelli relativi a fatti la cui natura e contenuto sono idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante per la inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto.

Quest’ultimo spiraglio, che scongiura una rigida e sconveniente classificazione, dovrà essere uno strumento di manovra nelle mani della stazione appaltante, da esercitare con minuziose motivazioni e logici ragionamenti, sia in punto di fatto che in punto di diritto, pena una censura giurisprudenziale del provvedimento eventualmente adottato. Tale discrezionalità è tuttavia limitata dall’applicazione incondizionata degli artt. 178 del codice penale<sup>71</sup> e 445 del codice di procedura penale<sup>72</sup>, inerenti la riabilitazione e l’estinzione del reato per decorso del tempo nel caso di applicazione della pena patteggiata.

In maniera speculare, benché opposta, non potrà essere fatta alcuna valutazione discrezionale della concreta fattispecie, dovendosi automaticamente escludere il concorrente nel caso di ricorrenza delle ipotesi di cui all’art. 32-quater del codice penale<sup>73</sup>, implicante una “incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione”, nonché di quella di irrogazione di sanzione interdittiva nei confronti della persona giuridica emessa

---

71 La riabilitazione estingue le pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna, salvo che la legge disponga altrimenti.

72 2. Il reato è estinto, ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, (2) se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l’imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole. In questo caso si estingue ogni effetto penale, e se è stata applicata una pena pecuniaria o una sanzione sostitutiva, l’applicazione non è comunque di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena.

73 Ogni condanna per i delitti previsti dagli articoli 316bis, 316ter, 317, 318, 319, 319bis, 319quater, 320, 321, 322, 322bis, 353, 355, 356, 416, 416bis, 437, 501, 501bis, 640 numero 1 del secondo comma, 640bis, 644 commessi in danno o in vantaggio di un’attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa importa l’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

ai sensi del d.lgs. 231/2001 per reati contro la pubblica amministrazione o il patrimonio commessi nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica medesima. I soggetti sui quali dovranno essere effettuate le verifiche volte all'accertamento dei requisiti menzionati sono i medesimi dell'art. 38 comma 1 lett. b), analizzati in precedenza.

### 3.3. *Assenza di situazioni di controllo che comportino scelte imputabili ad un unico centro decisionale*

Tale causa di esclusione dalla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica ha conosciuto un'importante riformulazione letterale a seguito della sentenza della Corte di Giustizia CE del 19 maggio 2009, resa nella causa C-538/07. Il vecchio art. 34 del Codice dei Contratti, al comma 2<sup>74</sup>, sanciva l'impossibilità di partecipare ad una medesima gara per concorrenti che si trovassero in una delle situazioni di controllo o collegamento di cui all'art. 2359 del Codice Civile, fosse esso di natura formale o sostanziale. Con la l. 166/2009 il legislatore nazionale ha recepito l'indirizzo giurisprudenziale europeo e ha di fatto abrogato il citato art. 34 comma 2, trasferendone il contenuto all'art. 38 comma 1 lett. m-quater)<sup>75</sup> e disciplinando le operazioni volte alla verifica di tale requisito al comma 2 dello stesso art. 38. Il vecchio art. 34 aveva dato luogo a difficoltà applicative, perché un concorrente avrebbe potuto tranquillamente ignorare la partecipazione alla medesima gara di altre imprese in situazione di controllo. La nuova disposizione, infatti, prevede che ai fini dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater) il concorrente allegghi, alternativamente:

- La dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente;

- La dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., e di aver formulato l'offerta autonomamente;

---

74 2. Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile. Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi.

75 Sono escluse dalla gara le imprese che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

- La dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., e di aver formulato l'offerta autonomamente.

Nel caso in cui il concorrente dichiara di essere a conoscenza della partecipazione di soggetti che si trovano in una situazione di controllo, è stato eliminato l'onere (a carico dei medesimi concorrenti) di presentazione della busta contenente gli elementi utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta.

A seguito di tali dichiarazioni, la stazione appaltante sarà tenuta ad escludere i concorrenti per i quali venga accertato, attraverso una analitica attività istruttoria, che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. Due considerazioni vengono in rilievo: in primo luogo, possiamo notare come la dichiarazione debba sempre attestare che il concorrente abbia formulato l'offerta in maniera autonoma (*rectius*, “non condizionata”); in secondo luogo, il concorrente non è tenuto a dichiarare l'esistenza generica di situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., ma dovrà certificare la conoscenza (o non conoscenza) della partecipazione alla procedura di gara specifica di soggetti che si trovano in tale situazione. La Giurisprudenza<sup>76</sup>, intervenuta in plurime circostanze sulla questione, ha chiarito che “*eventuali affinità strutturali sono di per sé insufficienti a dimostrare la sussistenza di un collegamento sostanziale; esse possono considerarsi degli indizi, che necessitano dell'espletamento di un'ulteriore verifica tendente ad accertare l'impatto concreto degli stessi sul comportamento tenuto nell'ambito della gara, in particolare ai fini di stabilire la riconducibilità ad un unico centro decisionale delle offerte presentate.*”

Tale verifica non può prescindere dall'esame del contenuto sostanziale delle offerte e presuppone l'apertura delle buste contenenti l'offerta, come richiesto ora espressamente dal legislatore. La causa di esclusione in esame è legata inscindibilmente alle dinamiche imprenditoriali occulte descritte nel cap. I e necessita di accertamenti oculati e approfonditi da parte della stazione appaltante, posto che situazioni di “controllo” possono materializzarsi anche in presenza di una minima (quando non addirittura nulla) partecipazione azionaria formale. La *ratio legis* sottesa a tale scelta legislativa è quella di evitare condizionamenti nei meccanismi di aggiudicazione, che soprattutto in caso di gara

---

<sup>76</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 844/2012; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 247/2010; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 1120/2010.

basata sul requisito del “prezzo più basso” potrebbero portare a facili previsioni rispetto all’individuazione della cosiddetta *soglia di anomalia*.

#### **4. L’esenzione da documentazione antimafia per i contratti sotto soglia comunitaria**

Il d.lgs. 163/2006 ha previsto una disciplina differente in tema di contrattualistica pubblica a seconda che i contratti siano di “rilevanza comunitaria” ovvero “sotto soglia”. L’art. 3 d.lgs. 163/2006, nell’illustrare i pilastri definatori del testo normativo, chiarisce in maniera solare tale distinzione<sup>77</sup>, che si riverbera in termini di norme applicabili anche rispetto alle disposizioni in materia di documentazione antimafia del d.lgs. 159/2011.

Ad attenuare le differenze applicative ci aveva tuttavia fin da subito pensato la giurisprudenza comunitaria, che con la sentenza emessa dalla Corte di Giustizia CE, resa nella causa C-324/00 (caso Teleaustria), ha ritenuto che, sebbene le direttive appalti non facciano espresso riferimento ai contratti sotto soglia, ciò non toglie che gli enti aggiudicatori siano tenuti a rispettare i principi generali di economicità, imparzialità, concorrenza e non discriminazione.

Il codice dei contratti pubblici ha recepito tale indicazione all’art. 27<sup>78</sup>, riproducendo il contenuto della sentenza menzionata e stabilendo un numero minimo di cinque concorrenti per l’espletamento della procedura. Con il Regolamento UE n. 1336/2013 sono state pubblicate le nuove soglie di applicazione della normativa comunitaria in

---

<sup>77</sup> 16. I contratti “di rilevanza comunitaria” sono i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell’imposta sul valore aggiunto (i.v.a.) è pari o superiore alle soglie di cui agli articoli 28, 32, comma 1, lettera e), 91, 99, 196, 215, 235, e che non rientrino nel novero dei contratti esclusi.

<sup>17</sup>. I contratti “sotto soglia” sono i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell’imposta sul valore aggiunto (i.v.a.) è inferiore alle soglie di cui agli articoli 28, 32, comma 1, lettera e), 91, 99, 196, 215, 235, e che non rientrino nel novero dei contratti esclusi.

<sup>78</sup> 1. L’affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall’ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L’affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l’oggetto del contratto. L’affidamento dei contratti di finanziamento, comunque stipulati, dai concessionari di lavori pubblici che sono amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori avviene nel rispetto dei principi di cui al presente comma e deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti. 2. Si applica altresì l’articolo 2, commi 2, 3 e 4. 3. Le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono se è ammesso o meno il subappalto, e, in caso affermativo, le relative condizioni di ammissibilità. Se le amministrazioni aggiudicatrici consentono il subappalto, si applica l’articolo 118.

materia di appalti pubblici, valide dal 1 Gennaio 2014 al 31 Dicembre 2015. Tali soglie, rinvenibili all'art. 28 d.lgs. 163/2006<sup>79</sup>, sono così fissate:

- 134mila euro per gli appalti pubblici di forniture e servizi aggiudicati da autorità governative centrali (ministeri, enti pubblici nazionali);
- 207mila euro per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse dalle autorità governative centrali;
- 5milioni 186mila euro per gli appalti pubblici di lavori.

Tali importi devono leggersi in combinato disposto con quanto stabilito all'art. 83 comma 3 lett. e)<sup>80</sup> d.lgs. 159/2011, il quale esonera dalla richiesta di documentazione antimafia le stazioni appaltanti per provvedimenti, atti, contratti ed erogazioni il cui valore complessivo non supera i 150mila euro. Ancora: l'art. 91 comma 1 d.lgs. 159/2011<sup>81</sup>, nel

---

79 1. Fatto salvo quanto previsto per gli appalti di forniture del Ministero della difesa dall'articolo 196, per i contratti pubblici di rilevanza comunitaria il valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (i.v.a.) è pari o superiore alle soglie seguenti: a) 137mila euro , per gli appalti pubblici di forniture e di servizi diversi da quelli di cui alla lettera b.2), aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato IV; b) 211mila euro, b.1) per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da stazioni appaltanti diverse da quelle indicate nell'allegato IV; b.2) per gli appalti pubblici di servizi, aggiudicati da una qualsivoglia stazione appaltante, aventi per oggetto servizi della categoria 8 dell'allegato II A, servizi di telecomunicazioni della categoria 5 dell'allegato II A, le cui voci nel CPV corrispondono ai numeri di riferimento CPC 7524, 7525 e 7526, servizi elencati nell'allegato II B; c) 5.278mila euro per gli appalti di lavori pubblici e per le concessioni di lavori pubblici. A norma dell'art. 33, comma 6, D.L. 12 settembre 2014, n. 133, in via straordinaria, per l'espletamento di tutte le procedure ad evidenza pubblica di cui al medesimo art. 33, i termini previsti dal presente provvedimento, ad esclusione di quelli processuali, sono dimezzati. L'importo di "137mila euro" è da intendersi sostituito, a decorrere dal 1° gennaio 2012, con "130mila euro" ai sensi di quanto disposto dal regolamento (CE) n. 1251/2011 che modifica la direttiva 2004/17/CE e la direttiva 2004/18/CE. Successivamente, il suddetto importo di "130mila euro" è da intendersi sostituito, a decorrere dal 1° gennaio 2014, con "134mila euro" ai sensi di quanto disposto dal regolamento (CE) n. 1336/2013 che modifica la direttiva 2004/17/CE, la direttiva 2004/18/CE e la direttiva 2009/81/CE. L'importo di "211mila euro" è da intendersi sostituito, a decorrere dal 1° gennaio 2012, con "200mila euro" ai sensi di quanto disposto dal regolamento (CE) n. 1251/2011 che modifica la direttiva 2004/17/CE e la direttiva 2004/18/CE. Successivamente, il suddetto importo di "200mila euro" è da intendersi sostituito, a decorrere dal 1° gennaio 2014, con "207.mila euro" ai sensi di quanto disposto dal regolamento (CE) n. 1336/2013 che modifica la direttiva 2004/17/CE, la direttiva 2004/18/CE e la direttiva 2009/81/CE. L'importo di "5.278.mila euro" è da intendersi sostituito, a decorrere dal 1° gennaio 2012, con "5 milioni di euro" ai sensi di quanto disposto dal regolamento (CE) n. 1251/2011 che modifica la direttiva 2004/17/CE e la direttiva 2004/18/CE. Successivamente, il suddetto importo di "5 milioni di euro" è da intendersi sostituito, a decorrere dal 1° gennaio 2014, con "5.186mila euro" ai sensi di quanto disposto dal regolamento (CE) n. 1336/2013 che modifica la direttiva 2004/17/CE, la direttiva 2004/18/CE e la direttiva 2009/81/CE.

80 3. La documentazione di cui al comma 1 non è comunque richiesta: e) per i provvedimenti, gli atti, i contratti e le erogazioni il cui valore complessivo non supera i 150mila euro.

81 1. I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, devono acquisire l'informazione di cui all'articolo 84, comma 3, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67, il cui valore sia: a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati; b)

disciplinare l'ambito di applicazione dell'informazione antimafia (per la cui analisi si rimanda al cap. III), rimanda in via indiretta ai valori contenuti nell'art. 28 d.lgs. 163/2006 precedentemente illustrato, motivo per il quale appare logico e pacifico ricondurre l'operabilità ai soli contratti i cui importi siano di rilevanza comunitaria. Da tale quadro normativo si possono trarre alcuni spunti riflessione.

Innanzitutto emerge in maniera cristallina la mancata coordinazione tra le soglie di cui all'art. 83 comma 3 d.lgs. 159/2011 e le soglie di cui all'art. 28 d.lgs. 163/2006. Tale discordanza crea una situazione nella quale l'unica disciplina chiara e indiscutibile è quella dei contratti di rilevanza comunitaria, ai quali si applicherà la disciplina dell'informazione antimafia. Per i contratti "sotto soglia" il discorso si complica, soprattutto in relazione alle diverse fasce individuate all'art. 28 del codice dei contratti. Considerata la soglia limite di 150mila euro posta dall'art. 83 del codice antimafia, la disciplina della comunicazione (per la cui trattazione e i differenti profili rispetto all'informazione si rimanda al cap. III) deve ritenersi applicabile solamente a quei contratti il cui importo sia compreso tra la soglia menzionata e la soglia di rilevanza comunitaria di cui all'art. 28.

La conseguenza di tale intreccio è che l'intero sottosoglia dei contratti di forniture e servizi aggiudicati da autorità governative centrali è completamente esente da documentazione, mentre per contratti di forniture e servizi aggiudicati da amministrazioni diverse dalle autorità governative centrali l'ambito di operabilità della comunicazione antimafia riguarderà i contratti di valore compreso tra i 150mila e i 207mila euro.

Per gli appalti pubblici di lavori la fascia interessata dalla disciplina della comunicazione sarà quella compresa tra i 150mila e i 5milioni 186mila euro. Si tratta di un intreccio di norme complesso e male impostato, che ha richiesto uno sforzo ermeneutico di rilevante entità ad opera della giurisprudenza. Sul tema, una lettura piuttosto singolare è stata fornita dal T.A.R. Calabria<sup>82</sup>, il quale ha reputato illegittima la richiesta di informativa antimafia per contratti di importo inferiore alla soglia prevista dall'art. 83 comma 2 lett. e) d.lgs. 159/2011. La pronuncia è interessante poiché la declaratoria di illegittimità ha colpito non solo l'informativa e gli atti della procedura ma pure la relativa clausola, a suo

---

superiore a 150mila euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali; c) superiore a 150mila euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche.  
82 T.A.R. Calabria, Sentenza 258/2013.

tempo inserita nel protocollo di legalità firmato tra la Prefettura e l'Amministrazione provinciale con lo scopo di regolamentare in maniera puntuale e rigida le gare ad evidenza pubblica.

Tale indirizzo è maturato attraverso due ordini di considerazioni: in *primis*, i giudici hanno ritenuto che la soglia individuata dal legislatore all'art. 83 costituisca un punto di bilanciamento tra ragioni di interesse pubblico ed esigenze di speditezza negli affari economici nei quali risulti coinvolta la P.A., in ottemperanza al principio di buon andamento stabilito dall'art. 97 Cost. In *secundis*, è stata posta la questione di efficienza dell'amministrazione e delle forze dell'ordine, sulla base della considerazione che l'indebita estensione degli accertamenti preventivi di tipo interdittivo al di sotto della soglia legalmente predeterminata comportasse un dispendio di energie e di risorse umane che avrebbe inciso negativamente sulla qualità ed efficacia della stessa azione preventiva. In un periodo storico nel quale i grandi lavori pubblici sono una chimera, tale pronuncia pone in seria difficoltà l'intero impianto di contrasto al fenomeno delle infiltrazioni mafiose nelle gare ad evidenza pubblica, non consentendo di adeguare gli strumenti alle reali esigenze che le dinamiche economiche comportano. Il Consiglio di Stato ha cercato di risolvere questo affannoso problema<sup>83</sup>, peraltro riuscendoci solo parzialmente e non riuscendo a incidere sul vero *vulnus* della questione.

I giudici di Palazzo Spada hanno chiarito, di recente, che l'obbligo di acquisire l'informazione antimafia esclusivamente nel caso di appalti con importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria “*non vale a fondare la tesi contraria relativamente agli appalti sotto soglia, per i quali, pertanto, l'informazione deve ritenersi valida*”. Secondo il Consiglio di Stato, si tratta “*di una legittima prerogativa della p.a., sebbene l'obbligo in argomento non sussista normativamente per gli appalti di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, sicché legittimamente l'Amministrazione può richiedere anche per essi le opportune informazioni antimafia al Prefetto*”.

Estendere l'ambito di applicabilità dell'informazione può senza dubbio avere risvolti positivi in termini di completezza del quadro cognitivo delle gare sotto soglia comunitaria, ma l'esenzione codificata all'art. 83 comma 2 lett. e) del codice antimafia rimane, ad oggi, il vero problema non risolto e il vero *vulnus* del sistema di contrasto ad ingerenze criminali nel mondo degli appalti pubblici. Con il d.lgs. 153/2014 il legislatore è intervenuto in

---

83 Consiglio di Stato, III Sez, Sentenza 3874/2014. Consiglio di Stato, III Sez, Sentenza 2040/2014.

senso modificativo sul codice antimafia, nella parte concernente i controlli amministrativi sugli appalti e su concessioni, erogazioni e finanziamenti pubblici. L'intento dichiarato è stato quello di rafforzare i controlli preventivi, rendendoli più snelli e rapidi, nonché ridurre gli oneri gravanti sulle imprese e garantire, nel complesso, tempestività ed efficienza alla Pubblica Amministrazione.

Volendo considerare in maniera positiva tale novella legislativa, che modifica il quadro soggettivo dei controlli e la competenza prefettizia, un intervento realmente efficace avrebbe dovuto prevedere la possibilità, per le stazioni appaltanti, di richiedere l'informazione antimafia nei casi in cui, per particolari situazioni ambientali, la gara ad evidenza pubblica si fosse presentata come suscettibile di tentativi di infiltrazioni mafiose, a prescindere dall'importo e sulla base di oggettivi elementi di fatto, da riscontrare volta per volta sul piano concreto attraverso un percorso adeguatamente motivato. Qualche spiraglio di luce lo fornisce l'art. 1 d.lgs. 153/2014<sup>84</sup>, che ha modificato gli artt. 85 e 86 del d.lgs. 159/2011, relativi ai soggetti che sono sottoposti alle verifiche antimafia nonché alla validità della documentazione.

Proprio in tema di validità è stata riconosciuta l'utilizzabilità *per relationem* della documentazione acquisita in ulteriori procedimenti. Il fatto che il legislatore non abbia fatto riferimenti alle soglie comunitarie o, ancora meglio, alle soglie di cui all'art. 83, apre alla possibilità di utilizzo di comunicazioni ed informazioni antimafia acquisite nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica relative a contratti di importo superiore ai 150mila euro anche nelle gare che prevedono importi inferiori a tale soglia.

Il novellato art. 86 comma 2 bis d.lgs. 159/2011<sup>85</sup> pone però un quesito non di poco conto. La formulazione della disposizione in oggetto esprime una volontà sottoposta a termine risolutivo, in quanto tale utilizzabilità *per relationem* verrebbe meno al momento dell'attivazione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia. Si tratta di una disposizione dalla formulazione ambigua, che potrebbe far desumere una volontà

---

84 1. Al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 85, il comma 3 è sostituito dal seguente: «3. L'informazione antimafia deve riferirsi anche ai familiari conviventi di maggiore età dei soggetti di cui ai commi 1, 2, 2-bis, 2-ter e 2-quater che risiedono nel territorio dello Stato.»; b) all'articolo 86, dopo il comma 2 è inserito il seguente: «2-bis. Fino all'attivazione della banca dati nazionale unica, la documentazione antimafia, nei termini di validità di cui ai commi 1 e 2, è utilizzabile e produce i suoi effetti anche in altri procedimenti, diversi da quello per il quale è stata acquisita, riguardanti i medesimi soggetti».

85 2-bis. Fino all'attivazione della banca dati nazionale unica, la documentazione antimafia, nei termini di validità di cui ai commi 1 e 2, è utilizzabile e produce i suoi effetti anche in altri procedimenti, diversi da quello per il quale è stata acquisita, riguardanti i medesimi soggetti.

di semplificazione ed estensione dei controlli, se non fosse per questa clausola di validità temporale, che rende fumosa la *ratio legis* sottesa alla norma, soprattutto in considerazione del fatto che l'introduzione della banca dati dovrebbe essere di ausilio all'estensione dei controlli, a maggior ragione se gravanti su soggetti già censiti in procedure ad evidenza pubblica esperite nei termini di validità di acquisizione della documentazione.

Cercare di realizzare una lettura di sistema non è semplice, soprattutto in carenza di pronunce giurisprudenziali. L'abrogazione della lett. e) e la previsione di soglie elastiche e adattabili ai vari contesti territoriali sarebbe stata sicuramente una soluzione più funzionale.

## **5. La disciplina del subappalto**

La definizione principale del contratto di subappalto la ritroviamo all'art. 1656 cod. civ.<sup>86</sup>, anche se in termini amministrativistici potremmo definirlo come un contratto funzionalmente collegato al contratto principale stipulato tra la stazione appaltante e l'appaltatore, attraverso il quale quest'ultimo affida ad un terzo (il subappaltatore) l'esecuzione parziale dell'opera, servizio o fornitura oggetto dell'affidamento<sup>87</sup>. Ai sensi dell'art. 118 del d.lgs. 163/2006, se trattasi di appalto di lavori la quota massima subappaltabile delle opere riconducibili alla categoria prevalente è pari al trenta per cento, mentre per servizi e forniture il limite è del trenta per cento dell'importo complessivo del contratto di appalto. L'ammissibilità del subappalto è normativamente subordinata alla sussistenza di specifiche condizioni, specificate al comma 2 del suddetto articolo:

- che i concorrenti già in sede di offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, abbiano manifestato la volontà di affidare le relative lavorazioni, servizi e forniture in subappalto;

- che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni;

---

<sup>86</sup> L'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente.

<sup>87</sup> L. GIAMPAOLINO, Vecchi problemi e nuovi scenari: le «varianti», il «subappalto», le «misure di prevenzione antimafia», dopo il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114 e alla vigilia del recepimento della direttive numeri 22, 23 e 24 del 2014.

- che al momento del deposito del contratto di subappalto, presso la stazione appaltante, l'affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal Codice dei contratti, in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali;

- che non sussista nei confronti dell'affidatario del subappalto alcuno dei divieti previsti dall'art. 67 d.lgs. 159/2011.

Il nostro ordinamento giuridico, nel disciplinare il subappalto di lavori pubblici (ma anche, a ben vedere, anche di servizi e forniture), presenta caratteri di stretta contiguità con la tutela prevenzionistica delle infiltrazioni della criminalità organizzata in materia di contrattualistica pubblica. Il subaffidamento a terzi, infatti, è sempre stato il più efficace strumento al quale le consorterie criminali hanno potuto ricorrere per eludere il sistema delle garanzie con cui il legislatore ha inteso preservare, nel tempo, il mondo delle pubbliche commesse dalla capacità invasiva della grandi organizzazioni mafiose<sup>88</sup>.

In tal senso, risulta centrale l'analisi dell'art. 118 comma 11 d.lgs. 163/2006<sup>89</sup>, funzionale a delimitare in maniera esatta il perimetro di applicabilità della fattispecie di reato di cui all'art. 21 l. 646/1982<sup>90</sup>, che nel disciplinare il subappalto non autorizzato di

---

88 Sul tema, A. ALBAMONTE, in *Lavori pubblici e legislazione penale*, Milano, 1997, p. 229, osserva come "l'attenzione che il legislatore ha rivolto negli ultimi anni alla disciplina del subappalto è stata determinata dalle numerose illiceità che hanno investito tale strumento contrattuale, utilizzato come mezzo per dissimulare attraverso la complicità delle stazioni appaltanti e la connivenza di settori ampi dell'imprenditoria penetrazioni inquinanti nelle commesse dei lavori pubblici".

89 11. Ai fini del presente articolo è considerato subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al due per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100mila euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al cinquanta per cento dell'importo del contratto da affidare. Il subappaltatore non può subappaltare a sua volta le prestazioni salvo che per la fornitura con posa in opera di impianti e di strutture speciali da individuare con il regolamento; in tali casi il fornitore o subappaltatore, per la posa in opera o il montaggio, può avvalersi di imprese di propria fiducia per le quali non sussista alcuno dei divieti di cui al comma 2, numero 4). È fatto obbligo all'affidatario di comunicare alla stazione appaltante, per tutti i sub-contratti stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contrattante, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati.

90 1. Chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente, è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e dell'ammenda pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto. 2. L'autorizzazione prevista dal precedente comma è rilasciata previo accertamento dei requisiti di idoneità tecnica del subappaltatore, nonché del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti soggettivi per l'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori. L'autorizzazione non può essere rilasciata

opera pubblica persegue un obiettivo di politica criminale funzionale ad assicurare un controllo efficiente nel mercato degli appalti pubblici sul piano della trasparenza amministrativa della procedura di gara, anche se la natura contravvenzionale ne limita l'efficacia repressiva e forse non risulta adeguata al contesto.

La fattispecie contravvenzionale configura un reato plurisoggettivo e a concorso necessario, il cui punto centrale sarebbe la stipulazione del contratto, oltre che la consapevolezza della mancanza di autorizzazione da parte di entrambi i contraenti.

La delimitazione applicativa menzionata fissa il perimetro di punibilità a quei subaffidamenti di attività per le quali sia necessario impiego di forza lavoro, a condizione che sussista una prevalenza in tale componente rispetto alle altre nella misura del cinquanta per cento dell'importo dell'intero subcontratto e purché il valore di esso sia comunque superiore al due per cento dell'importo complessivo del contratto principale, ovvero sia superiore ai 100mila euro.

Sul tema, la giurisprudenza ha altresì chiarito che *“il divieto di affidare senza autorizzazione della pubblica amministrazione, in tutto o in parte, lavori in subappalto o a cottimo, cui si riferisce l'art. 21, l. n. 646 del 1982, si riferisce non solo ai contratti tipici ma anche a quelle forme contrattuali atipiche o derivate, con le quali sotto diverso nome si realizza lo stesso risultato del subappalto o del cottimo<sup>91</sup>”*.

In tema di documentazione antimafia, l'art. 91 comma 1, lett. c) d.lgs. 159/2011, dispone che l'acquisizione dell'informazione prefettizia è necessaria per l'autorizzazione di subcontratti di importo superiore a 150mila euro. Siffatta previsione sembrerebbe limitare l'obbligo di effettuare la verifica antimafia soltanto ai casi in cui il subappalto abbia un importo superiore a 150mila euro. In realtà tale norma deve essere coordinata con la previsione di cui all'articolo 118, comma 2 n. 4<sup>92</sup> del codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale, ai fini dell'autorizzazione al subappalto, occorre sempre dimostrare che non sussista nei confronti dell'affidatario dello stesso alcuno dei divieti previsti dall'articolo 10

---

nei casi previsti dall'articolo 10-quinquies della L. 31 maggio 1965, n. 575. 3. Per i rapporti di subappalto e cottimo contemplati nel presente articolo, che siano in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, l'autorizzazione deve intervenire entro novanta giorni dalla data anzidetta. L'ulteriore prosecuzione dei rapporti stessi, in carenza del titolo autorizzatorio, è punita con le pene stabilite nel primo comma, ferma restando la facoltà dell'amministrazione appaltante di chiedere la risoluzione del contratto.

91 Cass. Pen., sez. III, 29 novembre 2005, n. 792.

92 L'affidamento in subappalto o in cottimo è sottoposto alle seguenti condizioni: 4) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto o del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni.

della legge 31 maggio 1965, n. 575 (ora art. 67 d.lgs. 159/2011), ciò che corrisponde al contenuto della comunicazione antimafia. Dalla lettura combinata delle due norme sopra richiamate, sembra potersi ritenere che, ai fini dell'ottenimento dell'autorizzazione al subappalto, per importi compresi fino a 150mila euro l'amministrazione appaltante debba acquisire la comunicazione prefettizia, mentre per quanto riguarda i subappalti di importo superiore ai 150mila euro, la stazione appaltante dovrà acquisire l'informazione prefettizia.

## **6. L'avvalimento**

L'avvalimento ha rappresentato una delle novità più interessanti e rilevanti del d.lgs. 163/2006, che per la prima volta ha riordinato in maniera sostanzialmente completa la materia degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. L'origine dell'istituto si fa risalire, comunemente, a una pronuncia giurisprudenziale della Corte di Giustizia della Comunità Europea<sup>93</sup> relativa alla questione pregiudiziale sorta nell'ambito di una controversia tra una holding di diritto olandese e lo Stato belga in ordine al mancato rinnovo dell'abilitazione concessa a questa società. La Corte affermò che le disposizioni delle direttive comunitarie 71/304 e 71/305 andavano interpretate nel senso che, ai fini della valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, dovesse tenersi conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di avere effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti.

Da allora, altre sentenze della Corte di Giustizia<sup>94</sup> hanno precisato ed esplicitato le indicazioni contenute nella pronuncia capofila, chiarendo, in particolare, che la possibilità per l'offerente di disporre effettivamente dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto non può essere presunta indipendentemente dai rapporti di diritto che il soggetto ha con i membri del gruppo al quale appartiene, ma deve comunque essere oggetto di verifica da parte della stazione appaltante. Qualche anno più tardi, anche la nostra giurisprudenza amministrativa aveva riconosciuto la facoltà per i concorrenti di qualificarsi a gare

---

93 Causa C-389/92, *Ballast Nedam Groep I*.

94 18 dicembre 1997, causa C-5/97 *Ballast Nedam Groep II*. Sentenza 2 dicembre 1999, causa C-176/98, *Holst Italia*.

pubbliche di appalto dichiarando di volersi avvalere dei requisiti di altre imprese<sup>95</sup>, non concorrenti alla gara stessa, anche al di fuori della comune appartenenza ad un medesimo gruppo di imprese, purché fosse dimostrato che il concorrente avesse acquisito un vero e proprio diritto soggettivo ad utilizzare le risorse dell'altro. Con l'introduzione del codice dei contratti tale istituto ha trovato compiuta consacrazione agli artt. 49<sup>96</sup> e 50<sup>97</sup>,

---

95 Cons Stato, sez. V, 25 febbraio 2005, n. 7134.

96 1. Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto. 1-bis. Il comma 1 non è applicabile al requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152. 2. Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria: a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria; b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'articolo 38; c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento; d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34; f) in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto; g) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5. 3. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 38, lettera h) nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e esclude la garanzia. Trasmette inoltre gli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11. 4. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. 5. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara. 6. È ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie, fermo restando, per i lavori, il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria. 8. In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti. 9. Il bando può prevedere che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario. 10. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati. 11. In relazione a ciascuna gara, la stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la pubblicità sul sito informatico presso l'Osservatorio.

97 1. Per i lavori, il regolamento disciplina la possibilità di conseguire l'attestazione SOA nel rispetto delle disposizioni previste dall'articolo 49, sempreché compatibili con i seguenti principi: a) tra l'impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliaria deve esistere un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo

divenendo una possibilità concreta per le imprese che intendono partecipare ad una procedura di gara pur essendo manchevoli di qualche requisito speciale (compresa l'attestazione SOA), tecnico ed economico finanziario.

Pur recependo le indicazioni europee volte alla codificazione dell'avvalimento, il nostro legislatore ha introdotto maggiori restrizioni alla disciplina, al fine di armonizzare il *corpus* normativo nazionale in tema di regolarità contributiva e (soprattutto) lotta alla criminalità organizzata, considerata la cospicua produzione normativa che nel corso degli anni ha caratterizzato questi settori.

Tali aggiustamenti rientrano a pieno titolo nella previsione di cui al considerando n. 6 della direttiva 2004/18<sup>98</sup>, che con discreta e lungimirante analisi comparativa ha introdotto una sorta di clausola di flessibilità, considerando le diverse esigenze dei legislatori nazionali nel disciplinare tematiche delicate come quelle relative agli appalti pubblici. L'istituto non è suscettibile di applicazione rispetto ai requisiti di ordine generale (e personale) di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006, che devono essere posseduti da tutti i concorrenti singolarmente, compresi quelli riuniti in consorzi e associazioni di imprese. Tale divieto risponde ad esigenze di ordine pubblico economico, considerata la particolare delicatezza dei requisiti di ordine generale. In tal senso son dovuti intervenire anche i Giudici di Palazzo Spada<sup>99</sup>, i quali hanno ribadito che *“tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di pubblici appalti, vuoi in veste di affidatari, vuoi in veste di subaffidatari, vuoi in veste di prestatori di requisiti nell'ambito del cosiddetto avvalimento, devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006. Ciò risponde a elementari ragioni di trasparenza e di*

---

2359, commi 1 e 2 codice civile; oppure entrambe le imprese devono essere controllate da una stessa impresa ai sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2, codice civile; b) l'impresa ausiliaria deve rilasciare una dichiarazione con la quale assume l'obbligo, anche nei confronti delle stazioni appaltanti, di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa ausiliata per tutto il periodo di validità della attestazione SOA; c) l'impresa ausiliata e l'impresa ausiliaria hanno l'obbligo di comunicare le circostanze che fanno venire meno la messa a disposizione delle risorse; d) in relazione a ciascuna gara si osservano comunque i commi 8 e 9 dell'articolo 49. 2. L'omessa o non veritiera comunicazione delle circostanze di cui alla lettera c) del comma 1, comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11, nonché la sospensione dell'attestazione SOA, da parte dell'Autorità, sia nei confronti della impresa ausiliaria sia dell'impresa ausiliata, per un periodo da sei mesi a tre anni. 3. L'attestazione di qualificazione SOA mediante avvalimento determina la responsabilità solidale della impresa concorrente e dell'impresa ausiliaria verso la stazione appaltante. 4. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture.

98 Nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali, in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al trattato.

99 Consiglio di Stato, sez. VI, Sent. 15 giugno 2010, n. 3759.

*tutela effettiva degli interessi sottesi alle cause di esclusione di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006, poiché tutti gli operatori economici che, a qualunque titolo, eseguono prestazioni di lavori, servizi e forniture abbiano i requisiti morali di cui all'art. 38 citato".*

Nonostante a livello teorico la distinzione tra subappalto e avvalimento appaia abbastanza chiara, sono sorti a tal proposito diversi quesiti, dovuti all'analisi di casi concreti non sempre inquadrabili in termini di perfetta corrispondenza nell'una o nell'altra fattispecie. L'avvalimento deve tenersi nettamente distinto dal subappalto e dalla subfornitura: mentre nel primo c'è una integrazione della capacità dell'aggiudicatario tramite l'avvalso e la responsabilità solidale tra i due soggetti nei confronti della stazione appaltante (nonostante l'impresa ausiliaria non sia parte del contratto), negli altri due casi il subappaltatore si sostituisce all'appaltatore e si mantiene autonomo rispetto al committente originario.

Pur in assenza di definizioni da parte del codice, è possibile affermare che l'avvalimento è un contratto consensuale ad effetti obbligatori, in quanto tale sottoponibile a tutti gli effetti alle regole del diritto privato. Caratteristica fondamentale da sottolinearsi è che l'impresa ausiliaria che permette alla partecipante alla gara di usufruire dei propri requisiti, non è terza rispetto alla gara stessa ma, da un lato, si obbliga verso l'impresa concorrente mediante contratto, e dall'altro effettua una dichiarazione indirizzata direttamente alla stazione appaltante, con la quale si obbliga anche verso di essa a garantire le proprie risorse per tutta la durata della gara.

Tale dichiarazione è evidente garanzia per l'amministrazione circa l'affidabilità del soggetto ibrido, che viene a crearsi in virtù dell'utilizzo di tale istituto. Ancora: a riprova della non alterità dell'impresa avvalsa rispetto alla gara, il quarto comma dell'articolo 49 prevede la responsabilità in solido del concorrente e dell'ausiliario, nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni previste dal contratto. Il subappalto e l'avvalimento sono dunque istituti si differenziano tanto per la *ratio* creativa da parte del legislatore, quanto per la fase della procedura di evidenza in cui essi rilevano. Mentre, infatti, l'avvalimento rileva già in fase di gara, così non è per il subappalto che resta avulso da quest'ultima e non rientra tra le attività di organizzazione dell'impresa aggiudicataria.

Nonostante le differenze che si sono elencate tra gli istituti, tuttavia, è il caso di sottolineare come essi possano venire ad incidere anche sul medesimo rapporto tra imprese. Il decimo comma dell'articolo 49, modificato con il d.lgs. 6/2007, prevede a tal

proposito che l'impresa ausiliaria possa assumere anche il ruolo di subappaltatore, nei limiti dei requisiti prestati. L'avvalimento, a seguito di tale riforma, cessa di essere un mero ausilio tecnico- organizzativo che inerisce solo alla fase di gara, e diventa strumento di garanzia per l'amministrazione anche in fase di esecuzione<sup>100</sup>. Tale disposizione, proprio a fronte della differente disciplina di subappalto e avvalimento, ha creato non pochi problemi interpretativi: sembrerebbe nata una nuova e ulteriore figura di subappalto, sostanzialmente speciale, che risponderebbe alla normativa prevista per l'avvalimento e per il quale, quindi, non dovrebbero valere nemmeno i limiti dell'art. 118 d.lgs. 163/2006 quanto alla categoria prevalente. Tale situazione sarebbe giustificata dalla natura profondamente innovativa dell'avvalimento così come congegnato, che giustificerebbe eventuali deroghe alle norme in materia. Un importante contributo ermeneutico in tal senso è stato fornito dall'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici<sup>101</sup>, che ha chiarito come il subappalto *“si muova su un piano diverso sotto il profilo strutturale, in quanto mezzo per qualificare un concorrente in relazione ad una specifica gara, altrimenti privo di requisiti; concorrente che, se consegue l'aggiudicazione, esegue il contratto”*.

Pertanto, risulterà fondamentale differenziare la fase di partecipazione alla gara, nella quale si applica la disciplina dell'avvalimento, da quella di esecuzione, durante la quale, in assenza di deroghe espresse, dovranno essere applicati comunque i limiti del subappalto. In tema di documentazione antimafia, il quinto comma dell'art. 49 equipara l'avvalso al concorrente principale nella sottoposizione agli obblighi di cui alla normativa ex d.lgs. 159/2011. La norma non è ridondante ma assolutamente necessaria: l'avvalso non è un subappaltatore (almeno, come si è visto, non in maniera automatica) e dunque se non ci fosse una norma espressa in tal senso per lui la normativa antimafia non andrebbe applicata, con la conseguente creazione di un *vulnus* pericolosissimo in tema di infiltrazioni criminali.

La *ratio* è quella di impedire che concorrenti privi dei requisiti generali per gareggiare possano aggirare i divieti attraverso il prestito dei propri requisiti, usufruendo successivamente dei proventi economici relativi all'esecuzione del contratto. Anche la giurisprudenza è parsa pacificamente orientata in tal senso<sup>102</sup>, ammettendo che *“per il raggiungimento delle finalità del comma quinto dell'art. 49 d.lgs. 163/2006, di estendere l'osservanza*

---

100 CANCRINI, PISELLI, CAPUZZA, op. cit.

101 AVCP, Determinazione numero 2 del primo agosto 2012.

102 T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 3 maggio 2006, n. 3910.

*della normativa antimafia anche nei confronti dei soggetti non concorrenti, appaiono decisamente più pregnanti l'obbligo della stazione appaltante di acquisire presso la prefettura le informazioni sull'idoneità morale dell'impresa con cui intende trattare, con particolare riguardo alla sua estraneità a organizzazioni mafiose e l'onere, in caso d'inidoneità morale dell'ausiliario non concorrente, di annullare l'aggiudicazione e di risolvere immediatamente e in via automatica il contratto".* Sembrerebbe un sistema granitico, se non fosse per il rimando che l'art. 49 comma 5 d.lgs. 163/2006 effettua in relazione agli importi di gara, ragione per la quale è da ritenersi, anche in questo ambito, che per contratti di valore inferiore ai 150mila euro non sia possibile richiedere alcuna documentazione, secondo quanto disposto dal più volte citato art. 83 comma 3 lett. e) d.lgs. 159/2011.

### CAPITOLO III

#### LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA

##### 1. Le misure interdittive antimafia: *ratio* ed evoluzione storica

Nonostante l'art. 38 d.lgs. 163/2006 non disciplini l'interdittiva antimafia nell'ambito dei requisiti di ordine generale, possiamo con tranquillità affermare di trovarci di fronte ad una causa di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica, legata ai requisiti di idoneità morale che il concorrente deve dimostrare di possedere al momento della partecipazione alle gare d'appalto, sebbene la relativa verifica avvenga tra l'aggiudicazione provvisoria e l'aggiudicazione definitiva. Si tratta di una causa di esclusione che prescinde dall'accertamento della rilevanza penale dei fatti, in quanto non ha come obiettivo l'enucleazione di responsabilità, ma rappresenta il punto di massima concretizzazione dell'azione anticipatoria di prevenzione.

Per questo motivo, di massima, può essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari, da cui emergano sufficienti segnali di pericolo riguardo al regolare svolgimento della gara ad evidenza pubblica. Nel corso degli anni si è assistito al graduale passaggio dall'indispensabile attivarsi dell'operatore economico, il quale era tenuto a munirsi tempestivamente dei necessari certificati, ad un sistema teso a ridurre gli adempimenti burocratici e gli oneri procedurali, responsabilizzando le stesse stazioni appaltanti nell'acquisizione, prima che nella verifica, dei requisiti di ordine morale. L'attuale normativa si regge su un delicato equilibrio, che privilegia forme di collaborazione pubblico-pubblico, basate sul rapporto interistituzionale stazioni appaltanti-prefetture. L'iniziativa privata, attualmente, funge unicamente da *input* funzionale all'attivazione del potere pubblico. Il ridimensionamento dell'utilizzo dei certificati nei rapporti con la pubblica amministrazione ha avuto formalmente inizio con la l. 15/1968<sup>103</sup>, con la quale,

---

103 Art. 2 La data e il luogo di nascita, la residenza, la cittadinanza, il godimento dei diritti politici, lo stato di celibe, coniugato o vedovo, lo stato di famiglia, l'esistenza in vita, la nascita del figlio, il decesso del coniuge, dell'ascendente, o discendente, la posizione agli effetti degli obblighi militari e l'iscrizione in albi o elenchi tenuti dalla pubblica amministrazione sono comprovati con dichiarazioni, anche contestuali all'istanza, sottoscritte dall'interessato e prodotte in sostituzione delle normali certificazioni. La sottoscrizione delle dichiarazioni deve essere autenticata con le modalità di cui all'articolo 20.

per la prima volta, si è disciplinato nel nostro ordinamento l'istituto dell'autocertificazione di stati, fatti e qualità personali.

Una vera svolta nel contrasto alla criminalità organizzata è però arrivata con la l. 646/1982, che per quel che in questa sede rileva ha consentito di superare le difficoltà emerse nell'applicazione dell'art. 10 l. 575/1965 (oggi riprodotto, con le modifiche avvenute nel corso degli anni, dall'art. 67 d.lgs. 159/2011).

Tale disposizione vietava ai soggetti colpiti da misure di prevenzione di poter conseguire alcune tipologie di licenze e concessioni o iscrizioni in albi tenuti dalle pubbliche amministrazioni. Il problema applicativo principale di tale norma era rappresentato dallo scarso flusso informativo che caratterizzava il rapporto tra le stazioni appaltanti e gli organi competenti all'emanazione di tali misure. Con l'obiettivo di arginare tale problematica, la l. 646/1982 ha istituito un casellario delle misure di prevenzione, attribuendo alle Prefetture la competenza di verificare l'esistenza delle stesse in capo agli aspiranti contraenti, mediante apposita certificazione. Successivamente, con l'art. 18 comma 2 l. 241/1990<sup>104</sup> si è definitivamente introdotto in ambito amministrativo il principio della collaborazione informativa: in questo modo l'onere di acquisire d'ufficio i documenti in possesso dell'amministrazione procedente o di altre amministrazioni è sorto in capo al responsabile del procedimento e ciò ha influito nel consolidamento della collaborazione informativa interistituzionale tra organi statali.

Nello stesso anno, in controtendenza rispetto all'evoluzione del sistema, l'art. 7 l. 55/1990, contenente disposizioni per la prevenzione della delinquenza mafiosa, aggiunse un nuovo art. 10 *sexies* alla l. 575/1965, con cui si subordinava il rilascio di provvedimenti ampliativi e la stipulazione dei contratti con la P.A., alla presentazione della cd. certificazione antimafia, ovvero di un'attestazione con cui la Prefettura, su richiesta dell'istante, esternava l'esistenza o meno a suo carico di procedimenti di prevenzione, di misure di condanna ovvero di provvedimenti irrogativi di divieti, sospensioni e decadenze. Il sistema delineato dalla l. 55/1990 è stato rimodellato dal d.l. 152/1991, che ha disciplinato il rilascio della certificazione antimafia nei confronti dei consorzi e

---

104 2. I documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni. L'amministrazione procedente può richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti.

introdotto una sorta di “silenzio-assenso” della Prefettura nel caso di richiesta formulata dal privato.

Il successivo d.l. 306/1992 ha attribuito alla Prefettura non solo la competenza ad accertare le misure di prevenzione, ma anche l'esistenza di condanne per i delitti di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p., effettuando una sorta di comparazione in termini di “sintomatologia mafiosa” tra azione preventiva e specifico giudicato penale. Con l'art. 4 d.lgs. 490/1994<sup>105</sup>, il sistema classico di certificazione è stato sostituito con quello che una parte della dottrina ha definito “sistema delle cautele antimafia”<sup>106</sup>, per effetto del quale gli oneri acquisitivi si sono tradotti in veri e propri obblighi a carico delle P.A., da espletare attraverso diverse tipologie di certificazioni, in funzione del valore del contratto di riferimento.

È proprio in tale contesto che prende corpo la distinzione, oggi fondamentale, tra comunicazione e informazione antimafia, con quest'ultima che non deve limitarsi ad un mero resoconto tabellare, ma altresì contenere l'accertamento di eventuali “tentativi di infiltrazione mafiosa”. Si è in tal modo notevolmente ampliata la casistica delle situazioni interdittive, non più sussumibili entro schematiche categorie predefinite.

Tale scelta risultava coerente sia con il principio generale di non aggravamento di cui all'art. 1 comma 2 l. 241/1990<sup>107</sup>, sia nell'ottica di un'apertura sovranazionale degli appalti pubblici al mercato europeo, in veste promozionale della concorrenza e del *favor participationis*. L'armonizzazione di tale frammentario panorama giuridico è successivamente avvenuta con l'emanazione del d.P.R. 252/1998, che sino a tempi recenti ha offerto un prezioso compendio normativo per la regolamentazione organica della materia in esame e ha rappresentato il frutto del più generale movimento di semplificazione dei procedimenti amministrativi aperto dalla l. 59/1997 e proseguito con

---

105 1. Le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e gli altri soggetti di cui all'art. 1, devono acquisire le informazioni di cui al quarto comma prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire le concessioni o erogazioni indicati nell'allegato 3, il cui valore sia: a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati; b) superiore a trecento milioni di lire per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali; c) superiore a duecento milioni di lire per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni o cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche.

106 S. RUSCICA, *Le informazioni prefettizie antimafia: natura e criticità*, [www.altalex.it](http://www.altalex.it).

107 2. La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria.

la l. 127/1997<sup>108</sup>. Il rilascio delle certificazioni antimafia, nel sistema delineato dall'art. 4 d.lgs. 490/1994 e dal d.P.R. 252/1998, rappresenta un subprocedimento di natura dichiarativa che si colloca all'interno di un procedimento amministrativo ad effetti ampliativi condotto, evidentemente, da amministrazioni diverse dalla Prefettura<sup>109</sup>.

In tale sequenza amministrativa è possibile cogliere la presenza di differenti interessi giuridici, che non sempre collimano perfettamente. La Prefettura si fa portavoce dell'interesse pubblico primario, consistente nell'esclusione dal meccanismo delle pubbliche commesse dei soggetti in orbita mafiosa. Abbiamo poi l'interesse delle pubbliche amministrazioni a che il contratto venga concluso e quello dei privati, consistente nel guadagno economico derivante dall'aggiudicazione della gara ad evidenza pubblica. Il sistema normativo deve necessariamente cercare un punto di equilibrio tra siffatti meccanismi e il d.P.R. 252/1998 ha rappresentato un apprezzabile compromesso in tal senso, seppur evidenziando evidenti limiti dovuti all'incompletezza.

Tali limiti, a partire dal 2005, hanno trovato completamento in fonti secondarie, emanate dal Comitato di Coordinamento per l'Alta Sorveglianza delle Grandi Opere, istituito presso il Ministero dell'Interno con il d.m. 14/03/2003. Tale Comitato rappresenta il vertice di una sofisticata catena di monitoraggio, composta da amministrazioni statali, uffici giudiziari ed enti locali, che vede i suoi terminali periferici nei Prefetti. Il monitoraggio è stato rivolto alle grandi realizzazioni pubbliche previste dalla legge-obiettivo 443/2001 e dal d.lgs. 190/2002, secondo modalità contenute nelle direttive emanate dal Comitato stesso, le quali indicavano l'importanza di alcuni strumenti operativi, rimandando ad apposite circolari la trattazione di ulteriori specifiche attività (come l'accesso ai cantieri in fase di esecuzione degli appalti di lavori).

Gli ingenti investimenti previsti per la ricostruzione delle località colpite dal sisma in Abruzzo e l'EXPO 2015 di Milano hanno successivamente evidenziato la necessità di adottare modelli più avanzati e stringenti di prevenzione delle infiltrazioni mafiose; il Governo ha fronteggiato tale esigenza introducendo un modello di azione del tutto innovativo<sup>110</sup>, disciplinandone l'attuazione in apposite edizioni delle Linee guida del Comitato, dotate di efficacia derogatoria rispetto alle previsioni del d.P.R. 252/1998. In

---

108 Cosiddette *Leggi Bassanini*.

109 A. CISTERNA, M.V. DE SIMONE, B. FRATTASI, S. GAMBACURTA, *Codice Antimafia*, p. 156, cit.

110 Tale introduzione è il risultato di due distinti provvedimenti legislativi: il d.l. 39/2009 e il d.l. 135/2009.

questo modo, il Comitato ha assunto in via definitiva la natura di soggetto regolatore. Elemento fondamentale delle Linee guida è l'obbligo di richiesta di informazioni al Prefetto nei confronti di imprese affidatarie di commesse e subcommesse, indipendentemente dall'importo o dalla natura: la necessità di specificare l'inapplicabilità delle soglie di esenzione, che costituisce rimando indiretto all'art. 83 comma 3 lett. e) d.lgs. 159/2011, rende evidente ancora una volta la necessità di evitare rigide classificazioni in tema di importi complessivi, poco funzionali in termini di contrasto preventivo delle infiltrazioni mafiose nel mondo degli appalti pubblici.

In tali documenti è stata inoltre ribadita la possibilità, per i Gruppi Interforze, di effettuare accessi presso i cantieri pubblici, nonché l'accentramento in capo ai Prefetti di Milano e dell'Aquila della competenza a rilasciare informazioni nei confronti di tutte le imprese impegnate nelle realizzazioni per l'EXPO e nella "ricostruzione *post sisma*", con evidente attribuzione di penetranti poteri di coordinamento delle attività preventive. Accanto a tali interventi settoriali, il legislatore è intervenuto anche per integrare gli strumenti di controllo ordinario; con il "pacchetto sicurezza 2009<sup>111</sup>" sono state introdotte nuove norme finalizzate all'esclusione dagli appalti pubblici delle imprese che non hanno denunciato episodi di estorsione e concussione.

Poco più tardi, con il d.P.R. 150/2010, è stato regolamentato anche il procedimento per l'emissione delle informazioni antimafia adottate a seguito delle operazioni di accesso ai cantieri. L'insieme di tali interventi normativi ha reso sempre più evidente la necessità di una *reductio ad unitatem* della disciplina della documentazione e delle altre cautele antimafia, anche al fine di evitare ridondanze ed incertezze interpretative. Tale necessità si è resa ancor più impellente in considerazione dell'evoluzione della giurisprudenza amministrativa in tema di informazioni prefettizie inerenti i già menzionati "tentativi di infiltrazione mafiosa"; il Giudice amministrativo ha sempre tenuto fermo il principio secondo cui il Prefetto conserva un'ampia discrezionalità nella valutazione degli elementi dai quali è possibile desumere ingerenze della criminalità organizzata di tipo mafioso, anche se nel tempo si è fatta registrare una progressiva azione demolitoria dei vari T.A.R. rispetto a tali provvedimenti prefettizi, sindacati attraverso le varie figure sintomatiche dell'eccesso di potere. Si è creato in questo modo un generale clima di incertezza, sia per gli Uffici prefettizi che per le imprese, che ha manifestato l'esigenza di far chiarezza sui

---

111 Legge 94/2009.

presupposti in presenza dei quali l'impresa può considerarsi, in maniera ragionevole e giurisdizionalmente sostenibile, assoggettata a tentativi di condizionamento mafioso.

Il legislatore ha recepito la necessità di compendiare normativamente tali tematiche attraverso la l. 136/2010, con la quale il Governo è stato delegato ad adottare un decreto legislativo volto a rivedere la disciplina della documentazione antimafia. Si è arrivati in questo modo all'emanazione del d.lgs. 159/2011, che nel corso della sua breve storia ha già conosciuto due importanti interventi correttivi, dovuti al d.lgs. 218/2012 ed al più recente d.lgs. 153/2014, i quali hanno introdotto modifiche di natura sia sostanziale che procedimentale.

L'art. 120 del Codice antimafia<sup>112</sup> ha abrogato in via definitiva il più volte citato d.P.R. 252/1998, riproducendone comunque in gran parte il contenuto.

## 2. La documentazione antimafia: tipologia e contenuto

L'art. 82 d.lgs. 159/2011<sup>113</sup>, in continuità con la terminologia utilizzata dal d.P.R. 252/1998 e dall'art. 2 l. 136/2010, utilizza l'espressione "documentazione antimafia" per individuare il *genus* dei provvedimenti che il Prefetto rilascia al fine di attestare l'assenza di situazioni ostative sul piano della prevenzione delle ingerenze mafiose. In tale categoria, l'art. 84 comma 1 d.lgs. 159/2011<sup>114</sup> ricomprende due differenti tipi di certificazione:

- le *comunicazioni antimafia*, che sostituiscono le vecchie comunicazioni prefettizie ex art. 3 d.P.R. 252/1998;

---

112 1. Sono abrogate le seguenti disposizioni: a) legge 27 dicembre 1956, n. 1423; b) legge 31 maggio 1965, n. 575; c) decreto-legge 4 febbraio 2010, n. 4, convertito in legge 31 marzo 2010, n. 50; d) articoli da 18 a 24 della legge 22 maggio 1975, n. 152; e) articolo 16 della legge 13 settembre 1982, n. 646; f) articoli da 2 ad 11, 13 e 15 della legge 3 agosto 1988, n. 327; g) articolo 7-ter della legge 13 dicembre 1989, n. 401; h) articolo 34 della legge 19 marzo 1990, n. 55; i) articoli 1, 3 e 5 del decreto-legge 29 ottobre 1991, n. 345, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 dicembre 1991, n. 410; l) articoli 70-bis, 76-bis, 76-ter, 110-bis e 110-ter del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12. 2. A decorrere dalla data di cui all'articolo 119, comma 1, sono abrogate le seguenti disposizioni: a) decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490; b) decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252; c) decreto del Presidente della Repubblica 2 agosto 2010, n. 150.

113 1. Il presente Libro disciplina la documentazione antimafia ed i suoi effetti, istituisce la banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, di seguito denominata «banca dati nazionale unica», e introduce disposizioni relative agli enti locali i cui organi sono stati sciolti ai sensi dell'articolo 143 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

114 1. La documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia.

- le *informazioni antimafia*, che sostituiscono le vecchie informazioni prefettizie ex art. 10 d.P.R. 252/1998.

Tali provvedimenti hanno un contenuto dichiarativo solo parzialmente coincidente, con un ambito di applicazione distinto in funzione di differenti fattori.

## 2.1. *La comunicazione antimafia*

La disciplina della comunicazione è quella di una certificazione “di base”, finalizzata a dare certezza pubblica riguardo l'esistenza di cause di decadenza tabellari, come specifica l'art. 84 comma 2 d.lgs. 159/2011<sup>115</sup>.

Rispetto a quanto previsto dalla previgente normativa, il legislatore ha modificato l'elenco dei provvedimenti giudiziari dai quali derivano le decadenze, i divieti e le sospensioni: l'art. 67 d.lgs. 159/2011<sup>116</sup> conferma come produttive degli effetti in questione le sentenze definitive e non (almeno confermate in secondo grado) per i reati di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p. e circoscrive il novero delle misure di prevenzione suscettibili di determinare conseguenze sul piano interdittivo a quelle personali disposte dall'Autorità Giudiziaria<sup>117</sup>.

È opportuno osservare come, per effetto del combinato disposto dagli artt. 4 e 6 d.lgs. 159/2011, tali provvedimenti trovano applicazione anche nei confronti di soggetti che pongano in essere una serie di condotte preparatorie o di finanziamento di delitti di sovversione o connotati da finalità di terrorismo, ovvero di ricostituzione del partito fascista. È evidente che, in questo modo, le comunicazioni costituiscano provvedimenti

---

115 2. La comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67.

116 1. Le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II non possono ottenere: a) licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio; b) concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali; c) concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici; d) iscrizioni negli elenchi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari astatori presso i mercati anonari all'ingrosso; e) attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici; f) altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominate; g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali; h) licenze per detenzione e porto d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materie esplodenti.

117 Ci si riferisce, di conseguenza, alla sola sorveglianza speciale, nelle sue varie declinazioni (semplice, con obbligo o divieto di soggiorno).

amministrativi capaci di realizzare una preclusione alla stipulazione anche verso forme di criminalità diverse da quella mafiosa. In virtù di ciò, possiamo affermare di trovarci di fronte ad uno strumento preventivo a carattere generale, il cui fine ultimo è quello di evitare che la pubblica amministrazione possa intrattenere rapporti contrattuali con soggetti a pericolosità “qualificata”.

## 2.2. L'informazione antimafia

L'informazione antimafia certifica invece due ordini di situazioni: in *primis* l'esistenza delle già citate cause di decadenza tabellari, in *secundis* l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società esaminate, secondo quanto disposto dall'art. 84 comma 3 d.lgs. 159/2011<sup>118</sup>.

Con l'informazione antimafia l'analisi si estende ad un elemento ulteriore rispetto a quello delle comunicazioni, in virtù della considerazione che per appalti ed erogazioni di maggior valore è eccessivamente limitativa l'analisi della non interdizione formale di un soggetto. Tale accertamento implica un'analisi dell'assetto dell'impresa, dal quale si possa evincere l'esistenza di tentativi di ingerenze della criminalità mafiosa. L'art. 84 comma 4 d.lgs. 159/2011<sup>119</sup> fornisce l'elenco delle “fonti” dalle quali poter desumere tali dati

---

118 3. L'informazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4.

119 4. Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte: a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto precedente ai sensi della lettera d); f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote

indiziari; tale prontuario deve, inoltre, essere necessariamente integrato con le ulteriori circostanze di cui all'art. 91 comma 6 d.lgs. 159/2011<sup>120</sup>, inerenti le condanne per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali. Tali condanne dovranno essere valutate congiuntamente ad altri elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria, al fine di stabilire se l'impresa possa agevolare, anche indirettamente, le attività criminose o ne possa rimanere condizionata: si tratta, in sostanza, di una positivizzazione di un risalente orientamento giurisprudenziale, in base al quale un soggetto economico è da considerarsi "infiltrato" allorché risulti essere il veicolo diretto o indiretto delle ingerenze mafiose.

Il ricorrere esclusivo delle due circostanze di cui all'art. 91 comma 6 non è infatti sufficiente ad attribuire la valenza di indizio da cui desumere l'esistenza di "tentativi di infiltrazione mafiosa"; è richiesto un *quid pluris*, che deve concretizzarsi in ulteriori e concreti elementi da porre a fondamento dell'attività istruttoria. L'accertamento del Prefetto comporta dunque un meccanismo complesso di valutazioni su oggettivi elementi di fatto, al termine del quale sarà chiamato ad esprimere un giudizio sulla base di un canone di ragionevole probabilità. Ancora: quanto detto riguardo all'art. 91 comma 6 in termini di "integrazione indiziaria" deve valere anche per i provvedimenti giudiziari elencati all'art. 84 comma 4 lett. a), b) e c), posto che, nel sistema delineato dal Codice Antimafia, solamente le circostanze delineate dall'art. 67 sono produttive di un effetto automaticamente interdittivo alla stipula o al mantenimento in essere di rapporti contrattuali o di altro genere con la pubblica amministrazione.

Sulla base di quanto detto, le informazioni antimafia, quando non determinate dalle cause ostative di cui all'art. 67, devono considerarsi provvedimenti amministrativi ad effetti accertativi-costitutivi.

---

societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia.

120 6. Il prefetto può, altresì, desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-bis della legge 24 novembre 1981, n. 689. In tali casi, entro il termine di cui all'articolo 92, rilascia l'informazione antimafia interdittiva.

Tale ricostruzione trova conferma nelle ulteriori disposizioni del Codice<sup>121</sup>, le quali impongono al Prefetto di non determinarsi unicamente sulla base degli *output* restituiti dalla banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, ma di verificare l'attualità e la consistenza di tali indicazioni attraverso accertamenti tradizionali.

Di particolare interesse, anche in considerazione delle dinamiche legate alle vicende modificative dell'impresa descritte al cap. I., risulta essere l'art. 84 comma 4 lett. f), il quale prevede che i tentativi di infiltrazione mafiosa possano essere desunti anche da mutamenti degli assetti, proprietari e gestionali strumentali ad eludere la normativa sulla documentazione antimafia.

Tale previsione è collegata con l'art. 86 comma 3 d.lgs. 159/2011<sup>122</sup>, che prescrive alle imprese nei cui confronti è stata rilasciata l'informazione antimafia di comunicare entro trenta giorni le modificazioni degli assetti gestionali e societari. L'adempimento di tale obbligo rappresenta l'*input* che consente al Prefetto di azionare i controlli sui soggetti protagonisti di queste modificazioni e quindi di verificare l'eventuale sopravvenienza di tentativi di ingerenza mafiosa. L'obiettivo è determinare se l'avvicendamento nelle cariche sociali o il trasferimento della proprietà dell'impresa (o di parte del suo capitale sociale) costituisca un'operazione fittizia tesa a consentire, dietro lo schermo di un prestanome, la prosecuzione della gestione dell'impresa da parte di soggetti che se avessero conservato il loro ruolo avrebbero giustificato un giudizio positivo in termini di infiltrazione mafiosa. Si è tipizzata, in questo modo, una forma assolutamente eclatante di elusione dei rigori della normativa sulla documentazione antimafia. In conclusione, come più volte ribadito dalla giurisprudenza<sup>123</sup>, le informazioni antimafia costituiscono una tipica misura cautelare di polizia, preventiva e interdittiva, che si aggiunge alla misure di prevenzione giurisdizionali; si fondano su elementi che possono legittimamente prescindere dall'accertamento di uno

---

121 Su tutte, art. 92 comma 2 d.lgs. 159/2011: 2. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, quando dalla consultazione della banca dati nazionale unica emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, il prefetto dispone le necessarie verifiche e rilascia l'informazione antimafia interdittiva entro trenta giorni dalla data della consultazione. Quando le verifiche disposte siano di particolare complessità, il prefetto ne dà comunicazione senza ritardo all'amministrazione interessata, e fornisce le informazioni acquisite nei successivi quarantacinque giorni. Il prefetto procede con le stesse modalità quando la consultazione della banca dati nazionale unica è eseguita per un soggetto che risulti non censito.

122 3. I legali rappresentanti degli organismi societari, nel termine di trenta giorni dall'intervenuta modificazione dell'assetto societario o gestionale dell'impresa, hanno l'obbligo di trasmettere al prefetto, che ha rilasciato l'informazione antimafia, copia degli atti dai quali risulta l'intervenuta modificazione relativamente ai soggetti destinatari di verifiche antimafia di cui all'articolo 85.

123 In particolare, TAR Campania, Sez. I, 19 Gennaio 2009, n. 524.

o più fatti connessi all'associazione di tipo mafioso, essendo basate su elementi sintomatici e indiziari.

### 3. L'ambito di applicazione della documentazione

L'art. 83 comma 1 d.lgs. 159/2011<sup>124</sup>, nel disciplinare l'ambito di applicazione della documentazione antimafia, individua i soggetti deputati alla richiesta del rilascio di tali certificazioni. Tale disposizione ribadisce la precedente formulazione dell'art. 1 d.P.R. 252/1998, apportandovi alcuni aggiornamenti in virtù delle modificazioni che, *medio tempore*, sono intervenuti in tema di soggetti gestori delle procedure di gara ad evidenza pubblica. L'adeguamento principale ha riguardato la categoria delle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici: viene precisato che essi sono tenuti a richiedere la documentazione antimafia anche quando si siano "costituiti in Stazioni Uniche Appaltanti" (cosiddette SUA), istituite ai sensi dell'art. 13 l. 136/2010<sup>125</sup>.

Le SUA costituiscono l'evoluzione di una forma di collaborazione tra amministrazioni che è stata introdotta dall'art. 14 d.l. 151/1992, il quale consentiva alle autonomie regionali e locali di avvalersi, per l'espletamento delle procedure di gara, di "unità specializzate" istituite dal Presidente della Regione presso gli uffici del genio civile e composte anche da funzionari del Provveditorato alle Opere Pubbliche e dell'ex Agenzia per lo sviluppo del Mezzogiorno. L'art. 83 chiarisce che l'obbligo di acquisire la

---

124 1. Le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di opere pubbliche, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'articolo 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67.

125 1. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri dell'interno, dello sviluppo economico, delle infrastrutture e dei trasporti, del lavoro e delle politiche sociali, per i rapporti con le regioni e per la pubblica amministrazione e l'innovazione, da adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, le modalità per promuovere l'istituzione, in ambito regionale, di una o più stazioni uniche appaltanti (SUA), al fine di assicurare la trasparenza, la regolarità e l'economicità della gestione dei contratti pubblici e di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose. 2. Con il decreto di cui al comma 1 sono determinati: a) gli enti, gli organismi e le società che possono aderire alla SUA; b) le attività e i servizi svolti dalla SUA, ai sensi dell'articolo 33 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; c) gli elementi essenziali delle convenzioni tra i soggetti che aderiscono alla SUA; d) le forme di monitoraggio e di controllo degli appalti, ferme restando le disposizioni vigenti in materia.

documentazione non compete alla stazione unica, bensì alle amministrazioni ed agli enti pubblici che usufruiscono dell'attività di quest'ultima e della commessa acquisita. Una seconda integrazione ha riguardato l'inserimento del contraente generale tra i soggetti tenuti a richiedere le cautele antimafia, ai sensi dell'art. 83 comma 2 d.lgs. 159/2011<sup>126</sup>.

La figura del contraente generale è stata introdotta dall'art. 9 d.lgs. 190/2002 ed è utilizzata con riferimento alla costruzione di infrastrutture strategiche. La particolarità del contraente generale è che può realizzare l'opera direttamente ovvero avvalendosi di altri soggetti economici, nei confronti dei quali assume la veste di soggetto aggiudicatore<sup>127</sup>.

A proposito di queste integrazioni, deve essere apprezzato lo sforzo del legislatore di compiere una *reductio ad unitatem* di norme riguardanti il rilascio della documentazione antimafia contenute in fonti "eccentriche". I rapporti sottoposti all'obbligo della richiesta della documentazione antimafia sono elencati, con tecnica mista, sempre all'art. 83. In parte viene fatto rinvio alle fattispecie sottoposte dall'art. 67 d.lgs. 159/2011 a divieti, decadenze e sospensioni derivanti dall'applicazione di misure di prevenzione o condanne definitive (o almeno confermate in appello) per i delitti di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p.

D'altro canto, vengono espressamente enunciati una serie di altri rapporti e non mancano le novità rispetto alla legislazione previgente, soprattutto in termini di genericità della formulazione normativa, la quale non fa più riferimento alla tipologia contrattuale del singolo appalto ma utilizza la dizione generale "contratti e subcontratti di lavori, servizi e forniture". Già con la riforma operata dal d.lgs. 490/1994 il legislatore aveva individuato una serie di rapporti per i quali non era richiesta l'acquisizione delle certificazioni antimafia; il d.P.R. 252/1998 ha successivamente ampliato il novero dei rapporti esenti, ricomprendendoli, in sostanza, in due categorie di fattispecie:

- i rapporti tra pubbliche amministrazioni ed altri soggetti pubblici, nonché quelli intrattenuti con altri soggetti da essi in varia maniera controllati o vigilati;
- i rapporti aventi ad oggetto atti, contratti ed erogazioni inferiori ad una determinata soglia di valore (cosiddetta *fascia esente*).

L'art. 2 comma 1 lett. a) l. 136/2010 ha delegato il Governo a rivedere l'elenco di questi casi di esclusione, in ottica di una semplificazione delle procedure di rilascio. Con l'emanazione del d.lgs. 159/2011 sono state riattualizzate le soglie di valore al di sotto

---

126 2. La disposizione di cui al comma 1 si applica ai contraenti generali di cui all'articolo 176 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, di seguito denominati «contraente generale».

127 F. CALARCO, *Appalti pubblici di lavori*, Milano, 2008, pp. 654-656.

delle quali sussiste la cosiddetta *fascia esente* e sono stati ridefiniti i soggetti e i rapporti sottratti agli obblighi antimafia.

I nuovi casi di esclusione risultano codificati all'art. 83 comma 3 d.lgs. 159/2011<sup>128</sup>: il lavoro del legislatore delegato ha formato oggetti di critica da parte delle Commissioni I e II riunite del Senato<sup>129</sup>, le quali non hanno mancato di sottolineare come il sistema confermato non consenta di assoggettare ai controlli più pregnanti imprese affidatarie di appalti di rilevante valore. Sono state avanzate serie perplessità in ordine al fatto che il sistema appena delineato possa corrispondere alle esigenze di semplificazione indicate dal legislatore delegante. Inoltre, il meccanismo delle soglie presta il fianco a forme dolose di elusione, che si incentrano sul ben noto fenomeno dell'artificioso frazionamento dell'importo.

Tale criticità ha richiesto l'intervento suppletivo e territorialmente circoscritto dei vari protocolli di legalità e sicurezza, grazie ai quali è stato possibile estendere in via pattizia lo strumento delle informazioni alle fattispecie escluse o collocate in regime di esenzione, anche se talvolta la giurisprudenza è intervenuta con effetto demolitorio<sup>130</sup> sia sulla clausola contrattuale, sia sulla relativa previsione contenuta nei cosiddetti *protocolli di legalità*. Altro tema di fondamentale importanza è quello dell'individuazione dei soggetti nei confronti dei quali devono essere esperite le verifiche ai fini del rilascio della documentazione. Il fulcro di tali analisi non deve essere solamente il soggetto economico in quanto tale, ma anche e soprattutto le persone fisiche che esercitano poteri di amministrazione e direzione e che comunque, anche in virtù di rapporti di fatto, sono in grado di determinarne l'andamento, secondo le dinamiche di impresa descritte al cap. I.

---

128 3. La documentazione di cui al comma 1 non è comunque richiesta: a) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui al comma 1; b) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui alla lettera a) ed altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo sono sottoposti, per disposizione di legge o di regolamento, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto di cui all'articolo 67; c) per il rilascio o rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza; d) per la stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale; e) per i provvedimenti gli atti, i contratti e le erogazioni il cui valore complessivo non supera i 150mila euro.

129 Commissioni I e II riunite del Senato della Repubblica, Parere 2 Agosto 2011.

130 TAR Calabria, Sentenza 258/2013.

Il problema si pone soprattutto per le imprese organizzate in forma societaria e quelle di carattere consortile che, come di frequente capita, sono a loro volta composte da imprese organizzate in forma collettiva.

Il d.lgs. 159/2011, all'art. 85<sup>131</sup>, ha ampliato rispetto al passato il novero dei soggetti giuridici nei riguardi dei quali il Prefetto è tenuto ad effettuare i controlli.

Qualche perplessità è dovuta alla formulazione dell'art. 83 comma 2 lett. i), il quale stabilisce che per le società personali devono essere proposti controlli alle persone fisiche delle società o di capitali che ne siano socie.

---

131 1. La documentazione antimafia, se si tratta di imprese individuali, deve riferirsi al titolare ed al direttore tecnico, ove previsto. 2. La documentazione antimafia, se si tratta di associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, deve riferirsi, oltre che al direttore tecnico, ove previsto: a) per le associazioni, a chi ne ha la legale rappresentanza; b) per le società di capitali anche consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, per le società cooperative, di consorzi cooperativi, per i consorzi di cui al libro V, titolo X, capo II, sezione II, del codice civile, al legale rappresentante e agli eventuali altri componenti l'organo di amministrazione, nonché a ciascuno dei consorziati che nei consorzi e nelle società consortili detenga una partecipazione superiore al 10 per cento oppure detenga una partecipazione inferiore al 10 per cento e che abbia stipulato un patto parasociale riferibile a una partecipazione pari o superiore al 10 per cento, ed ai soci o consorziati per conto dei quali le società consortili o i consorzi operino in modo esclusivo nei confronti della pubblica amministrazione; c) per le società di capitali, anche al socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, ovvero al socio in caso di società con socio unico; d) per i consorzi di cui all'articolo 2602 del codice civile e per i gruppi europei di interesse economico, a chi ne ha la rappresentanza e agli imprenditori o società consorziate; e) per le società semplice e in nome collettivo, a tutti i soci; f) per le società in accomandita semplice, ai soci accomandatari; g) per le società di cui all'articolo 2508 del codice civile, a coloro che le rappresentano stabilmente nel territorio dello Stato; h) per i raggruppamenti temporanei di imprese, alle imprese costituenti il raggruppamento anche se aventi sede all'estero, secondo le modalità indicate nelle lettere precedenti; i) per le società personali ai soci persone fisiche delle società personali o di capitali che ne siano socie. 2-bis. Oltre a quanto previsto dal precedente comma 2, per le associazioni e società di qualunque tipo, anche prive di personalità giuridica, la documentazione antimafia è riferita anche ai soggetti membri del collegio sindacale o, nei casi contemplati dall'articolo 2477 del codice civile, al sindaco, nonché ai soggetti che svolgono i compiti di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. 2-ter. Per le società costituite all'estero, prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato, la documentazione antimafia deve riferirsi a coloro che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione dell'impresa. 2-quater. Per le società di capitali di cui alle lettere b) e c) del comma 2, concessionarie nel settore dei giochi pubblici, oltre a quanto previsto nelle medesime lettere, la documentazione antimafia deve riferirsi anche ai soci persone fisiche che detengono, anche indirettamente, una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 2 per cento, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti. Nell'ipotesi in cui i soci persone fisiche detengano la partecipazione superiore alla predetta soglia mediante altre società di capitali, la documentazione deve riferirsi anche al legale rappresentante e agli eventuali componenti dell'organo di amministrazione della società socia, alle persone fisiche che, direttamente o indirettamente, controllano tale società, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti. La documentazione di cui al periodo precedente deve riferirsi anche al coniuge non separato. 3. L'informazione antimafia deve riferirsi anche ai familiari conviventi di maggiore età dei soggetti di cui ai commi 1, 2, 2-bis, 2-ter e 2-quater che risiedono nel territorio dello Stato.

È infatti singolare la previsione di controlli unicamente sulle persone fisiche proprietarie di società a loro volta socie delle società personali oggetto dell'informazione.

In questo modo rimangono fuori dal ventaglio dei controlli le persone fisiche detentrici di una partecipazione nella società semplice ed i soci accomandanti delle società in accomandita semplice. Il recente d.lgs. 153/2014 ha modificato in parte il contenuto dell'art. 85, precisando, rispetto alla versione precedente della disposizione, che le indagini sui tentativi di infiltrazione mafiosa nell'impresa (ai fini dell'acquisizione della informazione antimafia), sono estese ai soli familiari conviventi maggiorenni dei soggetti istituzionali rappresentanti (amministratori, rappresentanti legali, direttori tecnici, soci di maggioranza, membri di collegi sindacali, ecc.).

La previsione, secondo quanto evidenziato nella relazione illustrativa, ha il chiaro intento di evitare inutili dispersioni investigative per indagini su minori, che non possono in alcun modo incidere sulla gestione e sulle dinamiche del soggetto economico di interesse.

#### **4. Il procedimento di rilascio della comunicazione antimafia**

In tema di rilascio delle comunicazioni antimafia, l'art. 2 d.lgs. 153/2014 ha adeguato la formulazione dell'art. 87 d.lgs. 159/2011<sup>132</sup> alle nuove modalità di acquisizione delle stesse mediante consultazione diretta della banca dati nazionale unica da parte dei soggetti autorizzati di cui all'art. 97<sup>133</sup> del medesimo codice.

---

132 1. La comunicazione antimafia è acquisita mediante consultazione della banca dati nazionale unica da parte dei soggetti di cui all'articolo 97, comma 1, debitamente autorizzati, salvo i casi di cui all'articolo 88, commi 2, 3 e 3-bis. 2. Nei casi di cui all'articolo 88, commi 2, 3 e 3-bis, la comunicazione antimafia è rilasciata: a) dal prefetto della provincia in cui le persone fisiche, le imprese, le associazioni o i consorzi risiedono o hanno la sede legale ovvero dal prefetto della provincia in cui è stabilita una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato per le società di cui all'articolo 2508 del codice civile; b) dal prefetto della provincia in cui i soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, hanno sede per le società costituite all'estero, prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato. 3. Ai fini del rilascio della comunicazione antimafia le prefetture usufruiscono del collegamento alla banca dati nazionale unica di cui al successivo capo V.

133 1. Ai fini del rilascio della documentazione antimafia, la banca dati nazionale unica può essere consultata, secondo le modalità di cui al regolamento previsto dall'articolo 99, da: a) i soggetti indicati dall'articolo 83, commi 1 e 2, del presente decreto; b) le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura; c) gli ordini professionali; c-bis) l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per le finalità di cui all'articolo 6-bis del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Nel sistema previgente spettava invece al Prefetto rilasciare la comunicazione, a seguito di consultazione della menzionata banca dati. Nei casi in cui dalla consultazione della banca dati emergesse la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, e risultassero necessarie ulteriori verifiche ovvero quando la richiesta riguardi un soggetto non censito (cioè nei casi di cui all'art. 88, commi 2, 3 e 3-bis<sup>134</sup>, del Codice), la comunicazione continuerebbe, invece, ad essere rilasciata dal Prefetto, considerato il *quid pluris* richiesto in termini di attività istruttoria. La nuova disposizione ridefinisce inoltre i criteri di competenza territoriale dello stesso Prefetto, ponendo come requisito generale la provincia nella quale l'impresa ha sede; sono comprese in tale meccanismo anche le società estere che, in base all'art. 2508 c.c., devono aver stabilito una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato. Solamente nel caso di società estere prive di rappresentanza stabile in Italia, il Prefetto competente al rilascio della comunicazione antimafia è individuato in quello della sede legale delle amministrazioni che la richiedono (nel sistema previgente, in questo caso, si faceva riferimento al Prefetto della provincia nella quale ha avuto esecuzione il contratto pubblico).

In relazione a tempi e procedimento di rilascio della comunicazione antimafia, l'art. 88 comma 4<sup>135</sup> fissa in trenta giorni (in luogo dei precedenti quarantacinque) dalla consultazione della banca dati il termine per il rilascio della comunicazione. Il d.lgs. 153/2014 ha poi aggiunto all'art. 88 ulteriori quattro commi<sup>136</sup>, che disciplinano l'ipotesi

---

134 2. Quando dalla consultazione della banca dati nazionale unica emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, il prefetto effettua le necessarie verifiche e accerta la corrispondenza dei motivi ostativi emersi dalla consultazione della banca dati nazionale unica alla situazione aggiornata del soggetto sottoposto agli accertamenti. 3. Qualora le verifiche effettuate ai sensi del comma 2 diano esito positivo, il prefetto rilascia la comunicazione antimafia interdittiva ovvero, nel caso in cui le verifiche medesime diano esito negativo, il prefetto rilascia la comunicazione antimafia liberatoria attestando che la stessa è emessa utilizzando il collegamento alla banca dati nazionale unica. 3-bis. Il prefetto procede alle stesse verifiche quando la consultazione della banca dati nazionale unica è eseguita per un soggetto che risulti non censito.

135 4. Nei casi previsti dai commi 2, 3 e 3-bis, il prefetto rilascia la comunicazione antimafia entro trenta giorni dalla data della consultazione di cui all'articolo 87, comma 1.

136 4-bis. Decorso il termine di cui al comma 4, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza della comunicazione antimafia, previa acquisizione dell'autocertificazione di cui all'articolo 89. In tale caso, i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva e i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite. 4-ter. La revoca e il recesso di cui al comma 4-bis si applicano anche quando la sussistenza delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 è accertata successivamente alla stipula del contratto, alla concessione di lavori o all'autorizzazione al

in cui, decorso il citato termine di trenta giorni, le amministrazioni procedono alla stipulazione anche in assenza di acquisizione della comunicazione. Sostanzialmente, si è inteso estendere alle comunicazioni antimafia la disciplina già prevista per le informazioni, secondo quattro direttrici fondamentali:

- la possibilità per l'impresa di presentare l'autocertificazione. In tal caso, sia il contratto pubblico che le concessioni, erogazioni e contributi sono sottoposti alla condizione risolutiva dell'eventuale comunicazione antimafia interdittiva sopravvenuta;

- la possibilità di recedere dal contratto o revocare i finanziamenti anche se le cause di decadenza, sospensione e divieto di cui all'art. 67 sono accertate in un momento successivo alla stipula;

- la possibilità per le pubbliche amministrazioni, anziché di erogare subito, di sospendere contributi, finanziamenti o mutui agevolati e altre erogazioni fino a quando il Prefetto non trasmetta la comunicazione antimafia liberatoria;

- La fissazione di un termine breve (5 giorni) entro il quale il Prefetto deve comunicare all'impresa di avere adottato la comunicazione antimafia interdittiva (con raccomandata a/r, mediante notificazione o posta elettronica certificata ovvero mediante fax, ove espressamente autorizzato dall'impresa).

L'art. 2 d.lgs. 153/2014 ha inoltre inserito un nuovo art. 89-bis<sup>137</sup> al d.lgs. 159/2011, nell'intento di disciplinare il caso in cui il Prefetto, cui sia stata richiesta una comunicazione antimafia, pur verificando l'assenza delle cause di decadenza di cui all'art. 67 (che giustificerebbero *de plano* il rilascio di una "liberatoria") accerti il tentativo d'infiltrazione mafiosa nella compagine dell'impresa. In tale ipotesi, il Prefetto, anziché una comunicazione antimafia, potrà adottare un'informazione antimafia interdittiva, dandone comunicazione alle amministrazioni richiedenti e ampliando in maniera sensibile

---

subcontratto. 4-quater. Il versamento delle erogazioni di cui all'articolo 67, comma 1, lettera g) può essere in ogni caso sospeso fino alla ricezione da parte dei soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, della comunicazione antimafia liberatoria. 4-quinquies. La comunicazione antimafia interdittiva è comunicata dal prefetto, entro cinque giorni dalla sua adozione, all'impresa, società o associazione interessata, secondo le modalità previste dall'articolo 79, comma 5-bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

137 1. Quando in esito alle verifiche di cui all'articolo 88, comma 2, venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, il prefetto adotta comunque un'informazione antimafia interdittiva e ne dà comunicazione ai soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, senza emettere la comunicazione antimafia. 2. L'informazione antimafia adottata ai sensi del comma 1 tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta.

i poteri di accertamento in ordine alle ingerenze criminali nella gestione delle vicende economiche dell'aspirante contraente.

## 5. Il procedimento di rilascio dell'informazione antimafia

Il procedimento di rilascio dell'informazione antimafia è disciplinato dall'art. 90 d.lgs. 159/2011<sup>138</sup>, così come modificato dall'art. 3 d.lgs. 153/2014. L'intervento correttivo, derivante dalla necessità di adeguare la disciplina alle nuove modalità di acquisizione delle informazioni mediante la banca dati nazionale da parte dei soggetti autorizzati, è speculare a quello già previsto ai commi 1 e 2 dell'art. 87 sul rilascio delle comunicazioni antimafia, di cui si è parlato in precedenza. Analoghe a quelle dell'art. 87 comma 2 appaiono anche le disposizioni sulla competenza al rilascio delle informazioni antimafia da parte del Prefetto, per i casi in cui dalla consultazione della banca dati emergesse la sussistenza di cause di decadenza o di un tentativo di infiltrazione mafiosa e il Prefetto debba, di conseguenza, effettuare le necessarie verifiche.

Anche in questo caso, come già per la comunicazione antimafia, è stato individuato il Prefetto competente per le società costituite all'estero, in base alla presenza o meno di una sede con rappresentanza stabile sul territorio nazionale. In tale quadro normativo, l'attività istruttoria viene ad essere scandita in due fasi. La prima di esse è rappresentata dalla consultazione della banca dati nazionale unica, che viene compiuta direttamente dai soggetti ex art. 83 commi 1 e 2: tale consultazione rappresenta il primo ed ineludibile passaggio nel procedimento di rilascio dell'informazione antimafia.

Questo *iter* procedimentale è reso ancor più evidente dal tenore letterale dell'art. 92 commi 1 e 2 d.lgs. 159/2011<sup>139</sup>, in base al quale l'informazione antimafia liberatoria è

---

138 1. L'informazione antimafia è conseguita mediante consultazione della banca dati nazionale unica da parte dei soggetti di cui all'articolo 97, comma 1, debitamente autorizzati, salvo i casi di cui all'articolo 92, commi 2 e 3. 2. Nei casi di cui all'articolo 92, commi 2 e 3, l'informazione antimafia è rilasciata: a) dal prefetto della provincia in cui le persone fisiche, le imprese, le associazioni o i consorzi risiedono o hanno la sede legale ovvero dal prefetto della provincia in cui è stabilita una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato per le società di cui all'articolo 2508 del codice civile; b) dal prefetto della provincia in cui i soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, hanno sede per le società costituite all'estero, prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato. 3. Ai fini del rilascio dell'informazione antimafia le prefetture usufruiscono del collegamento alla banca dati nazionale unica di cui al capo V.

139 1. Il rilascio dell'informazione antimafia è immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati nazionale unica quando non emerge, a carico dei soggetti ivi censiti, la sussistenza di cause

immediatamente rilasciata nel caso in cui non emerga l'esistenza delle situazioni di interdizione di cui all'art. 67 ovvero l'operatore economico risulti già censito: in siffatta eventualità il procedimento amministrativo si conclude con l'immediato rilascio della certificazione. Non si può parlare in tali circostanze di una competenza prefettizia, in quanto la banca dati è attestata presso il Ministero dell'Interno e il Prefetto non ha nessun ruolo di impulso o controllo. A questo punto è d'obbligo qualche considerazione a tal proposito: l'emissione automatica della liberatoria in virtù dell'esito negativo della consultazione della banca dati rispecchia l'encomiabile intento di conferire al procedimento il massimo tasso di celerità possibile. Tuttavia, non tutte le situazioni indizianti elencate nell'art. 84 comma 4 e analizzate in precedenza sono suscettibili di emersione a seguito di tale consultazione.

È sufficiente pensare alle sostituzioni negli organi societari finalizzate all'elusione delle normative sulla documentazione antimafia.

Ancora: non è possibile neanche la verifica delle condanne per reati strumentali all'agevolazione delle organizzazioni criminali, menzionate all'art. 91 comma 6. In definitiva, sussiste il rischio concreto che la soluzione adottata dal legislatore possa risentire di un tasso eccessivo di "tabellarizzazione" delle situazioni indizianti, con la conseguenza dell'adozione di un provvedimento senza la possibilità di acquisire ulteriori elementi istruttori, i quali necessiterebbero di accertamenti a carattere tradizionale e non automatico.

La seconda fase dell'attività istruttoria è diretta conseguenza dell'esistenza di una delle situazioni ostative di cui all'art. 67 ovvero di un mancato censimento pregresso dell'aspirante contraente in banca dati. Il Prefetto, a questo punto, dovrà incaricarsi di intraprendere una fase supplementare di controlli, soprattutto in considerazione del fatto

---

di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4. In tali casi l'informazione antimafia liberatoria attesta che la stessa è emessa utilizzando il collegamento alla banca dati nazionale unica. 2. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, quando dalla consultazione della banca dati nazionale unica emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, il prefetto dispone le necessarie verifiche e rilascia l'informazione antimafia interdittiva entro trenta giorni dalla data della consultazione. Quando le verifiche disposte siano di particolare complessità, il prefetto ne dà comunicazione senza ritardo all'amministrazione interessata, e fornisce le informazioni acquisite nei successivi quarantacinque giorni. Il prefetto procede con le stesse modalità quando la consultazione della banca dati nazionale unica è eseguita per un soggetto che risulti non censito.

che l'esistenza di situazioni di cui all'art. 84 comma 4 non può considerarsi, come specificato, automaticamente produttiva di provvedimento interdittivo.

Tale verifica costituisce un'attività solo in parte tipizzata; il Prefetto conduce l'attività istruttoria secondo canoni di ampia discrezionalità in tema di strumenti conoscitivi atti a rivelare esistenza e attualità delle situazioni di interdizione, nonché i tentativi di ingerenza mafiosa. Siffatta indagine conoscitiva deve necessariamente concludersi entro il termine di trenta giorni (in luogo dei precedenti quarantacinque), secondo quanto disposto dall'art. 92 comma 2 d.lgs. 159/2011 come modificato dall'art. 3 d.lgs. 153/2014, il quale ammette la possibilità di prorogare tale termine per ulteriori quarantacinque giorni nel caso in cui gli accertamenti risultino particolarmente complessi.

Il riformulato comma 3 dell'art. 92<sup>140</sup> del Codice conferma, per l'informazione antimafia, l'attuale disciplina vigente in relazione alla possibilità delle stazioni appaltanti di procedere con il contratto, sotto condizione risolutiva, decorso il termine per il rilascio dell'informazione da parte del Prefetto o nei casi di urgenza. L'unica novità è costituita dal fatto che, nei casi di urgenza, il soggetto appaltante può procedere immediatamente (anziché, come in passato, decorsi quindici giorni dalla ricezione della richiesta di informazione antimafia) alla stipula.

Desti più di qualche perplessità la mancata definizione del carattere dell'urgenza in una previsione così delicata, nonché il pagamento del valore delle opere e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente a soggetti che, in seguito alle risultanze dell'attività istruttoria, potrebbero risultare condannati o processati per reati gravissimi (si pensi, in una ipotesi limite, ad un soggetto imputato per 416 bis c.p.), e che potrebbero aver partecipato alla procedura a evidenza pubblica sfruttando un'attestazione SOA ottenuta in un momento precedente rispetto a modificazioni societarie sopravvenute. L'interesse alla realizzazione dell'opera, attraverso il requisito dell'urgenza, non può giustificare un simile scorporo ordinamentale e tale *vulnus* rimane, ad oggi, uno dei punti di maggiore criticità del d.lgs. 159/2011.

---

140 3. Decorso il termine di cui al comma 2, primo periodo, ovvero, nei casi di urgenza, immediatamente, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza dell'informazione antimafia. I contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva e i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

### 5.1. *Nozione ed elementi costitutivi dei “tentativi di infiltrazione mafiosa”*

Il vero elemento qualificante dell'informazione antimafia è la possibilità data al Prefetto di compiere un'attività istruttoria finalizzata all'accertamento dei “tentativi di infiltrazione mafiosa” del soggetto economico. Non diversamente da quanto accade per il reato di associazione a delinquere di tipo mafioso ex art. 416 bis c.p., siamo in presenza di un concetto di derivazione sociologica e proprio per questo di più complicata definizione e delimitazione.

Va ascritto a merito della giurisprudenza l'aver contribuito a delineare meglio tale nozione, assolutamente rilevante ai fini dell'emissione dell'informazione antimafia. Tali tentativi si realizzano allorché i comportamenti e le scelte dell'imprenditore possono rappresentare un veicolo, diretto o indiretto, di ingerenze negli appalti o nelle altre erogazioni pubbliche da parte della criminalità organizzata di tipo mafioso<sup>141</sup>. Tali ingerenze, nel senso di “veicolo diretto”, rappresentano la diretta conseguenza dell'inserimento stabile e influente nei centri decisionali dell'impresa di soggetti mafiosi o comunque collegati a sodalizi criminali<sup>142</sup>.

Si può parlare di “veicolo indiretto” allorché l'impresa o i soggetti che siano comunque in grado di determinarne l'andamento intrattengono rapporti di affari o altri tipi di relazioni sociali o parentali con soggetti a loro volta appartenenti, collegati o collusi con sodalizi mafiosi, tanto da poter far ritenere che questi ultimi siano in grado di determinarne l'andamento<sup>143</sup>. Ancora: si è in presenza di un “veicolo indiretto” allorché ci si trovi al cospetto di un'impresa che non può considerarsi criminale (quindi controllata o gestita da soggetti dediti ad attività criminali) ma per la quale vengono riscontrati elementi atti a comprovare la possibilità che essa possa, anche in via indiretta, favorire la criminalità organizzata<sup>144</sup>.

È da notare che, analogamente a quanto prevedeva il d.P.R. 252/1998, anche il codice antimafia richiede di accertare l'esistenza dei “tentativi di infiltrazione mafiosa” secondo gli elementi sintomatici di cui agli artt. 84 comma 4, 91 comma 6 e 92 comma 2.

---

141 Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 Novembre 2009, n. 7777, TAR Emilia Romagna, Sez. Parma, 26 Luglio 2011, n. 271.

142 Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 Agosto 2006, n. 4737; Sez. VI, 30 Dicembre 2005, n. 7615.

143 Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 Agosto 2006, n. 4737, Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 Novembre 2009, n. 7777.

144 TAR Sicilia, Sez. I, 20 Novembre 2008, n. 1526.

Tale tentativo, di conseguenza, per essere considerato elemento fondante di una informazione interdittiva, deve essersi effettivamente perfezionato, come ha più volte chiarito la giurisprudenza<sup>145</sup>. Muovendo da questi presupposti, il giudice amministrativo ha sottolineato che le informazioni antimafia non sono finalizzate ad accertare responsabilità penali; esse obbediscono ad una logica di massima anticipazione della soglia di prevenzione delle infiltrazioni mafiose<sup>146</sup> e si risolvono in un giudizio attraverso il quale il Prefetto cerca di cogliere l'affidabilità, complessivamente intesa, del soggetto scrutinato<sup>147</sup>.

Il Prefetto può quindi formulare il proprio giudizio anche sulla base di elementi diversi da quelli aventi una rilevanza penale o consistenti nell'applicazione di una misura di prevenzione<sup>148</sup>.

Possono infatti essere utilizzati anche fatti, vicende e informazioni dotati di un valore sintomatico ed indiziario, capaci di restituire un quadro dal quale è possibile indurre una valutazione fondata ed oggettiva sull'esistenza dei tentativi di ingerenza mafiosa<sup>149</sup>.

Data la diversità dei piani su cui si muovono l'Autorità giudiziaria e l'Autorità amministrativa, il Prefetto può utilizzare anche fatti vagliati in un giudizio penale assolutorio.

Essi, infatti, possono acquisire una connotazione indiziante ai fini dell'emersione di concreti rischi di infiltrazione mafiosa, a meno che la sentenza escluda la verifica stessa di un determinato fatto sul piano della realtà<sup>150</sup>. Non si richiede che gli elementi posti a base del giudizio del Prefetto siano in grado di affermare la certezza dei tentativi di infiltrazione mafiosa: trattandosi di un provvedimento con finalità di anticipata prevenzione, è sufficiente un giudizio in virtù del quale possa concludersi che non sia illogico o comunque non inattendibile che l'impresa sia oggetto di ingerenze criminali<sup>151</sup>. Fino a tempi abbastanza recenti, il Consiglio di Stato era orientato a ritenere sufficiente un quadro composto da elementi capaci di dare conto della sola "possibilità" o

---

145 Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 Maggio 2005, n. 2796; TAR Campania, Sez. I, 29 Gennaio 2009, n. 524.

146 Consiglio di Stato, Sez. V, 5 Giugno 2006, n. 3337.

147 TAR Emilia Romagna, Sez. Parma, 26 Luglio 2011, n. 276.

148 Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 Febbraio 2007, n. 413.

149 *Ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 Novembre 2006, n. 6555; Sez. VI, 2 Agosto 2006, n. 4737; Sez. VI, 30 Dicembre 2005, n. 7615.

150 Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 Maggio 2008, n. 7637; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 2 Novembre 2010, n. 22111.

151 Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 Dicembre 2005, n. 7615.

“ipotizzabilità” che l’impresa interessata potesse essere il veicolo diretto o indiretto di ingerenze o condizionamenti criminali<sup>152</sup>.

Di recente, si sono registrate pronunce di segno maggiormente restrittivo, che richiedono al Prefetto di esprimere un giudizio ispirato ai canoni della “qualificata probabilità”, cioè un *quid pluris* rispetto alla mera possibilità teorica<sup>153</sup>. Parte della dottrina ha accolto con favore questo nuovo orientamento del giudice amministrativo, sottolineando che il parametro della “qualificata probabilità” associato al potere prefettizio di accertamento discrezionale delle risultanze istruttorie coniuga, nel contesto dei procedimenti amministrativi in discorso, il principio generale della certezza del diritto con quello dell’ordine pubblico materiale, la cui tutela postula anche l’esercizio di funzioni preventive<sup>154</sup>.

Altro canone valutativo indicato dalla giurisprudenza è quello secondo cui, in linea generale, gli elementi posti a base della decisione prefettizia devono rispondere a canoni di pregnanza ed attualità<sup>155</sup>.

Ciò non toglie che il Prefetto possa comunque portare a base della decisione anche elementi relativi a fatti risalenti nel tempo, purché riguardanti l’idoneità morale del soggetto esaminato<sup>156</sup>. Peraltro, la giurisprudenza più recente è portata a temperare il requisito dell’attualità degli elementi con quello della particolare gravità dei dati indiziari (quali, ad esempio, quelli desumibili da intercettazioni di conversazioni intercorse tra soggetti criminali); è stato in tal senso riconosciuto che circostanze, anche distanti nel tempo, possono continuare a costituire la base di un giudizio dell’esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, potendo essere superati solo se contraddetti da successivi comportamenti tali da non confermare l’attualità dell’elemento indiziario, secondo un giudizio rimesso alla discrezionalità dell’Autorità Prefettizia<sup>157</sup>.

La copiosa casistica esaminata ha consentito alla giurisprudenza amministrativa di individuare una serie di “indici sintomatici” di possibili infiltrazioni mafiose. La dottrina più recente ha osservato che, in tal modo, stante la prevalenza delle esigenze di ordine

---

152 Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 Agosto 2006, n. 4737.

153 Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 Novembre 2009, n. 7777.

154 F. DI CRISTINA, *L’informazione prefettizia quale presupposto per la revoca dell’aggiudicazione*, in *Il giornale di diritto amministrativo*, 2012, n. 1, p. 54.

155 TAR Abruzzo, L’Aquila, 21 Dicembre 2010, n. 870/2010.

156 Consiglio di Stato, Sez. VI, 31 Dicembre 2007, n. 6902.

157 Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 Aprile 2011, n. 3647.

pubblico, il Giudice ha costruito il principio della “certezza del diritto”, partendo da fatti che assumono una specifica rilevanza indiziante<sup>158</sup>.

È interessante notare che alcuni di questi orientamenti riprendono “arresti” enunciati nell’ambito del processo di prevenzione, a riprova ulteriore dello stretto collegamento che sussiste tra i “sottosistemi” della prevenzione giudiziaria ed amministrativa della criminalità mafiosa. Analogamente a quanto affermato nell’ambito di procedimenti prevenzionali<sup>159</sup>, i Giudici amministrativi hanno affermato che l’esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa non può essere dedotta dai soli vincoli di affinità o di parentela dei soci o amministratori di un’impresa con soggetti malavitosi. A tali circostanze devono aggiungersi altri fattori, anche solo indiziari, tali da fornire un obiettivo fondamento al giudizio dell’esistenza di tentativi di infiltrazione<sup>160</sup>.

In particolare, è necessario che al dato dell’appartenenza familiare si accompagni la frequentazione, la convivenza o la comunanza di interessi con il soggetto sospetto<sup>161</sup>. Altra situazione che sovente si riscontra a fondamento delle informazioni interdittive antimafia concerne le frequentazioni dei soggetti capaci di determinare l’andamento dell’operatore economico con personaggi malavitosi o appartenenti a sodalizi criminali. Si tratta, pure in questo caso, di un elemento fattuale di valore sintomatico cui fa ricorso il Giudice delle misure di prevenzione per individuare in concreto i soggetti rientranti nella categoria degli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso<sup>162</sup>. La giurisprudenza amministrativa, con un orientamento ormai da tempo consolidato, ha indicato che il Prefetto può fondare il giudizio di contiguità mafiosa sull’accompagnarsi e sull’intrattenersi con soggetti malavitosi allorquando a questi comportamenti si uniscono altri elementi indiziari. Tali ulteriori elementi sintomatici “di contorno” consistono nel carattere non meramente occasionale di tali rapporti o nel fatto che essi si sviluppino con modalità tali da implicare nel soggetto esaminato dal Prefetto un’accettazione del rischio di “allacciare” simili frequentazioni<sup>163</sup>.

---

158 F. Di Cristina, *op. ult. cit.*, pp. 56-57.

159 Corte di Cassazione, Sez. I, 31 Gennaio 1992, n. 463; in dottrina F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione*, Torino, 2006, p. 184.

160 Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 Novembre 2009, n. 5886.

161 TAR Campania, Napoli, Sez. I, 1 Dicembre 2010, n. 26527.

162 Corte di Cassazione, Sez. I, 23 Gennaio 1992; in dottrina P. V. MOLINARI, U. PAPADIA, *Le misure di prevenzione*, Milano, 2002, p. 448.

163 Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 Aprile 2009, n. 2336.

Su questa falsariga è stato anche evidenziato che il *quid pluris* richiesto per dare significatività alle frequentazioni può consistere anche nella connessione con vicende dell'impresa che depongano nel senso di un'attività sintomaticamente connessa a logiche ed interessi malavitosi<sup>164</sup>.

È stato quindi ritenuto che la frequentazione di pregiudicati per reati associativi accertata sia nei confronti del titolare dell'impresa scrutinata dal Prefetto, sia del padre di quest'ultimo, nonché la circostanza che proprio il genitore gestisca un'altra impresa attiva nel medesimo settore avente la stessa sede di quella oggetto dell'informazione antimafia costituiscono un quadro informativo logico ed attendibile da cui dedurre l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa<sup>165</sup>.

La casistica giurisprudenziale offre spunti anche per comprendere quali debbano essere i parametri sulla base dei quali valutare l'incidenza dei rapporti commerciali intrattenuti dall'operatore economico oggetto dell'informazione antimafia con altre imprese di cui sia stata accertata la contiguità con sodalizi mafiosi. Sul punto è stata, ad esempio, ritenuta sintomatica della contiguità mafiosa la circostanza che l'impresa detenga quote di una società colpita da un'informazione antimafia interdittiva<sup>166</sup>. In analogia ai criteri seguiti relativamente ai rapporti familiari, il Consiglio di Stato ha recentemente ritenuto che l'inserimento del soggetto economico scrutinato in una galassia di rapporti economici e d'affari non è da sola sufficiente a ritenere esistente un tentativo di infiltrazione mafiosa. La Prefettura è, infatti, chiamata a dimostrare il pericolo attuale e concreto, suscettibile di tradursi in un condizionamento effettivo, o almeno altamente probabile, dell'attività dell'impresa da parte della criminalità organizzata<sup>167</sup>. I controlli antimafia, sulla base di quanto detto, non si limitano ad un accertamento statico dell'affidabilità dell'impresa nel momento dell'instaurazione del rapporto con la pubblica amministrazione. Nell'economia degli appalti pubblici di lavori, a questa fase se ne aggiunge un'altra maggiormente dinamica, che focalizza l'attenzione sulle interrelazioni che si sviluppano nella fase di esecuzione dell'opera. Lo strumento per l'effettuazione delle verifiche in tale fase, particolarmente vulnerabile rispetto ai condizionamenti mafiosi,

---

164 Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 Ottobre 2009, n. 6380.

165 TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 29 Aprile 2009, n. 3593.

166 F. DI CRISTINA, *op. ult. cit.*, p. 56.

167 Consiglio di Stato, Sez. III, 24 Maggio 2012, n. 3247.

è quello dell'accesso ai cantieri, che il Codice antimafia disciplina all'art. 93<sup>168</sup>. Proprio attraverso questi controlli emergono con più facilità i casi di subappalti affidati ad imprese colluse o comunque riconducibili alla criminalità organizzata.

I Giudici amministrativi hanno osservato che il mero affidamento dei lavori a imprese controllate o riconducibili alla delinquenza mafiosa non è da solo idoneo a concludere per la permeabilità della ditta affidante ai condizionamenti malavitosi. Tale circostanza deve essere accompagnata da ulteriori elementi, atti a dimostrare una relazione di contiguità<sup>169</sup>.

Altra situazione che gli accessi ai cantieri consentono di acclarare è la presenza tra i dipendenti dell'impresa affidataria dei lavori di soggetti riconducibili, in diverso grado, ad ambienti della criminalità organizzata. La giurisprudenza amministrativa ha comunque osservato, in linea con la necessità di un *quid pluris* probatorio palesata in altre circostanze,

---

168 1. Per l'espletamento delle funzioni volte a prevenire infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti, il prefetto dispone accessi ed accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici, avvalendosi, a tal fine, dei gruppi interforze di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto del Ministro dell'interno 14 marzo 2003, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 54 del 5 marzo 2004. 2. Ai fini di cui al comma 1 sono imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici tutti i soggetti che intervengono a qualunque titolo nel ciclo di realizzazione dell'opera, anche con noli e forniture di beni e prestazioni di servizi, ivi compresi quelli di natura intellettuale, qualunque sia l'importo dei relativi contratti o dei subcontratti. 3. Al termine degli accessi ed accertamenti disposti dal prefetto, il gruppo interforze redige, entro trenta giorni, la relazione contenente i dati e le informazioni acquisite nello svolgimento dell'attività ispettiva, trasmettendola al prefetto che ha disposto l'accesso. 4. Il prefetto, acquisita la relazione di cui al comma 3, fatta salva l'ipotesi di cui al comma 5, valuta se dai dati raccolti possano desumersi, in relazione all'impresa oggetto di accertamento e nei confronti dei soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa stessa, elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4 ed all'articolo 91, comma 6. In tal caso, il prefetto emette, entro quindici giorni dall'acquisizione della relazione del gruppo interforze, l'informazione interdittiva, previa eventuale audizione dell'interessato secondo le modalità individuate dal successivo comma 7. 5. Qualora si tratti di impresa avente sede in altra provincia, il prefetto che ha disposto l'accesso trasmette senza ritardo gli atti corredati dalla relativa documentazione al prefetto competente, che provvede secondo le modalità stabilite nel comma 4. 7. Il prefetto competente al rilascio dell'informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile. 8. All'audizione di cui al comma 7, si provvede mediante comunicazione formale da inviarsi al responsabile legale dell'impresa, contenente l'indicazione della data e dell'ora e dell'Ufficio della prefettura ove dovrà essere sentito l'interessato ovvero persona da lui delegata. 9. Dell'audizione viene redatto apposito verbale in duplice originale, di cui uno consegnato nelle mani dell'interessato. 10. I dati acquisiti nel corso degli accessi di cui al presente articolo devono essere inseriti a cura della Prefettura della provincia in cui è stato effettuato l'accesso, nel sistema informatico, costituito presso la Direzione investigativa antimafia, previsto dall'articolo 5, comma 4, del citato decreto del Ministro dell'interno in data 14 marzo 2003. 11. Al fine di rendere omogenea la raccolta dei dati di cui al precedente comma su tutto il territorio nazionale, il personale incaricato di effettuare le attività di accesso e accertamento nei cantieri si avvale di apposite schede informative predisposte dalla Direzione investigativa antimafia e da questa rese disponibili attraverso il collegamento telematico di interconnessione esistente con le Prefetture - Uffici Territoriali del Governo.

169 TAR Emilia Romagna, Sez. Parma, 13 Luglio 2011, n. 276.

l'illogicità di far derivare un pericolo di tentativo di infiltrazione mafiosa unicamente da queste presenze. Perché esse possano considerarsi significative della contiguità mafiosa è necessario che il Prefetto appuri condotte preordinate al alimentare ulteriori attività criminose, quali, ad esempio, l'effettivo dispiegarsi di comportamenti ascrivibili alla sfera dell'intimidazione di tipo mafioso o il consolidarsi di rapporti e frequentazioni con ambienti malavitosi<sup>170</sup>.

Secondo un orientamento della dottrina, le situazioni sintomatiche devono essere apprezzate tenendo di vista il grado di condizionamento mafioso dei vertici aziendali e la caratterizzazione dell'impresa quale veicolo dell'influenza criminale<sup>171</sup>.

È stato evidenziato che questo condizionamento ha una duplice dimensione, una attinente all'organizzazione dell'impresa e l'altra di tipo finalistico. Ciò presupporrebbe sia la presenza, nei centri decisionali dell'impresa, di soggetti legati ad organizzazioni malavitose, sia il perseguimento di fini che agevolano direttamente o indirettamente sodalizi di tipo criminale<sup>172</sup>.

Da ciò discende che le informazioni antimafia che attestano l'esistenza di infiltrazioni criminali in una data impresa sono sindacabili da parte del Giudice amministrativo solo sul piano di alcune figure sintomatiche dell'eccesso di potere e cioè di illogicità e travisamento di fatti, anche sotto il profilo dell'omissione di elementi di particolare rilevanza<sup>173</sup>. In questo senso, è stato precisato che il Prefetto debba tenere conto, ai fini dell'adozione del provvedimento finale, anche di fatti e vicende a favore dell'interessato e che sono suscettibili di giustificare una valutazione anche diversa rispetto a quella di esistenza di ingerenza criminali<sup>174</sup>. In ogni caso, il Giudice amministrativo deve esercitare il proprio sindacato avendo riguardo al momento dell'adozione del provvedimento, senza quindi prendere in considerazione eventuali circostanze sopravvenute<sup>175</sup>. Sempre in tema di sindacato, una recentissima pronuncia dei Giudici di Palazzo Spada<sup>176</sup> ha chiarito che spetta alla sola competenza del Prefetto la valutazione in ordine al contenuto dell'informazione antimafia, sulla base all'ampia discrezionalità prevista dalla legge.

---

170 TAR Emilia Romagna, Sez. Parma, 13 Luglio 2011, n. 276.

171 F. DI CRISTINA, *op. ult. cit.*, p. 56.

172 Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 Agosto 2006, n. 4737.

173 Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 Febbraio 2007, n. 413.

174 Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 Novembre 2009, n. 7646.

175 TAR Campania, Sez. I, 24 Giugno 1999, n. 1789.

176 Consiglio di Stato, Sez. III, 17 Febbraio 2015, n. 808.

Tale provvedimento soggiace al sindacato del giudice amministrativo solo sotto il profilo della sua logicità, in relazione alla rilevanza dei fatti accertati, che debbono essere non improbabili e non pretestuosi.

## **6. La banca dati nazionale unica della documentazione antimafia**

La banca dati nazionale unica ha rappresentato una strumentazione del tutto innovativa nell'ambito della disciplina della documentazione antimafia. Già con il d.lgs. 490/1994 il legislatore si era fatto carico del problema della semplificazione dei procedimenti amministrativi di rilascio delle certificazioni, ponendosi l'obiettivo generale di informatizzare i processi di lavoro. Più tardi, il d.P.R. 252/1998 ha ribadito la necessità di pervenire ad una forma di rilascio della documentazione antimafia attraverso l'utilizzazione sistemica di apparecchiature informatiche, ammettendo la possibilità di conoscere l'eventuale sussistenza delle cause di sospensione, di divieto e decadenza previste dal vecchio art. 10 l. 575/1975 attraverso collegamenti informatici con le Prefetture dotate di specifico archivio automatizzato.

Nonostante i lodevoli intenti, tali previsioni non hanno trovato concreta applicazione, eccezion fatta per un progetto sperimentale denominato SICEANT (sistema automatizzato di certificazione antimafia), che ha riguardato le Prefetture di Roma, Napoli e Catania. L'informatizzazione delle procedure di attestazione delle cause ostative e di rilascio della conseguente documentazione liberatoria è sempre stato un punto di criticità, nell'ambito del quale si sono registrati, in questi anni, risultati non in linea con le diffuse aspettative.

Una parziale eccezione è stata rappresentata dai collegamenti telematici attivati con il sistema informativo delle Camere di commercio, che ha consentito di rilasciare i vecchi certificati camerale. Il d.lgs. 159/2011 disciplina tale tematica dall'art. 96 all'art. 99 bis, introdotto con il d.lgs. 153/2014. Nonostante l'introduzione in sede di emanazione del codice antimafia, la piena operatività di tale fondamentale strumento è recentissima ed è diretta conseguenza del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 193/2014, attraverso il quale si sono disciplinate le modalità di funzionamento, accesso, consultazione e collegamento.

A tale provvedimento ha fatto seguito la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del 7 gennaio 2015 e la definitiva entrata in vigore il successivo 22 Gennaio, trascorso il dovuto periodo di *vacatio legis*.

L'art. 96 d.lgs. 159/2011<sup>177</sup> disciplina la collocazione organica della banca dati, incardinandola presso il Dipartimento per le politiche del personale dell'amministrazione civile e per le risorse strumentali e finanziarie del Ministero dell'Interno. Tale scelta tiene conto del fatto che la nuova piattaforma tecnologica è sostanzialmente funzionale all'esercizio di attribuzioni specifiche e proprie del Prefetto, il quale, tuttavia, opera solo in parte come espressione del sistema di sicurezza. I poteri del Prefetto si rifanno infatti anche alla funzione di garanzia di cui all'art. 14 d.lgs. 300/1999<sup>178</sup>, il quale ribadisce l'esigenza di assicurare un corretto e ordinato funzionamento delle istituzioni repubblicane. L'art. 97 d.lgs. 159/2011<sup>179</sup> elenca i soggetti autorizzati a consultare la banca dati e, se letto in combinato disposto con l'art. 99<sup>180</sup>, sembra delineare una distinzione di fondo tra consultazione e accesso.

---

177 1. Presso il Ministero dell'interno, Dipartimento per le politiche del personale dell'amministrazione civile e per le risorse strumentali e finanziarie è istituita la banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, di seguito denominata «banca dati nazionale unica». 2. Al fine di verificare la sussistenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, la banca dati nazionale unica è collegata telematicamente con il Centro elaborazione dati di cui all'articolo 8 della legge 1° aprile 1981, n. 121

178 1. Al ministero dell'interno sono attribuite le funzioni e i compiti spettanti allo Stato in materia di: garanzia della regolare costituzione e del funzionamento degli organi degli enti locali e funzioni statali esercitate dagli enti locali, tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, difesa civile e politiche di protezione civile, poteri di ordinanza in materia di protezione civile, tutela dei diritti civili, cittadinanza immigrazione, asilo, soccorso pubblico, prevenzione incendi. 2. Il ministero svolge in particolare le funzioni e i compiti di spettanza statale nelle seguenti aree funzionali: a) garanzia della regolare costituzione degli organi elettivi degli enti locali e del loro funzionamento, finanza locale, servizi elettorali, vigilanza sullo stato civile e sull'anagrafe e attività di collaborazione con gli enti locali; b) tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e coordinamento delle forze di polizia; c) amministrazione generale e supporto dei compiti di rappresentanza generale di governo sul territorio; d) tutela dei diritti civili, ivi compresi quelli delle confessioni religiose, di cittadinanza, immigrazione e asilo. 3. Il ministero svolge attraverso il corpo nazionale dei vigili del fuoco anche gli altri compiti ad esso assegnati dalla normativa vigente, ad eccezione di quelli attribuiti all'agenzia di protezione civile, ai sensi del Capo IV del Titolo V del presente decreto legislativo. 4. Restano ferme le disposizioni della legge 1 aprile 1981, n. 121.

179 1. Ai fini del rilascio della documentazione antimafia, la banca dati nazionale unica può essere consultata, secondo le modalità di cui al regolamento previsto dall'articolo 99, da: a) i soggetti indicati dall'articolo 83, commi 1 e 2, del presente decreto; b) le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura; c) gli ordini professionali; c-bis) l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per le finalità di cui all'articolo 6-bis del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

180 1. Con uno o più regolamenti ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, da adottarsi, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, su proposta del Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri della pubblica amministrazione e dell'innovazione, della

In sostanza, i soggetti indicati all'art. 97 non potranno compiere operazioni di alcun tipo sulla banca dati, essendo il loro ingresso esclusivamente preordinato ad acquisire la documentazione antimafia, resa immediatamente disponibile nel caso in cui il sistema non rilevi alcuna causa ostativa rispetto al soggetto d'impresa per il quale viene eseguita l'interrogazione, come ribadisce l'art. 99 comma 1 lett. e). Al contrario, l'art. 99 comma 1 lett. c) utilizza non a caso la dizione "accesso", al fine di rimarcare le autorità deputate all'alimentazione della banca dati, individuate nel personale delle Forze di Polizia e dell'amministrazione civile dell'interno (per ovvie ragioni di *sedes* del database in parola). L'art. 99 comma 1 lett. d) ribadisce la dizione "accesso" anche con riferimento alla Direzione Nazionale Antimafia, al fine di assicurare l'attività di coordinamento del Procuratore Nazionale Antimafia, in ossequio a quanto disposto dell'art. 371 bis c.p.p.

In quest'ultimo caso, a parere di chi scrive, il legislatore ha utilizzato una formulazione ambigua, ponendo sullo stesso piano compiti attivi di alimentazione e funzioni di coordinamento. In tale eventualità, a ben vedere, si configura infatti un *tertium genus*, considerato che non possiamo parlare di consultazione finalizzata al rilascio di documentazione e neanche di accesso a scopo di alimentazione. Tralasciando tale rivedibile formulazione normativa, la distinzione in oggetto è utile per comprendere il meccanismo reale di funzionamento della banca dati: le Forze di Polizia compendiano le informazioni, le stazioni appaltanti ne beneficiano in maniera semplice e immediata.

---

giustizia, dello sviluppo economico e delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, sono disciplinate le modalità: a) di funzionamento della banca dati nazionale unica; b) di autenticazione, autorizzazione e di registrazione degli accessi e delle operazioni effettuate sulla banca dati nazionale unica; c) di accesso da parte del personale delle Forze di polizia e dell'Amministrazione civile dell'interno; d) di accesso da parte della Direzione nazionale antimafia per lo svolgimento dei compiti previsti dall'articolo 371-bis del codice di procedura penale; e) di consultazione da parte dei soggetti di cui all'articolo 97, comma 1; f) di collegamento con il Centro Elaborazione Dati di cui all'articolo 96. 2. Il sistema informatico, comunque, garantisce l'individuazione del soggetto che effettua ciascuna interrogazione e conserva la traccia di ciascun accesso. 2-bis. Fino all'attivazione della banca dati, e comunque non oltre dodici mesi dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del primo dei regolamenti di cui al comma 1, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, acquisiscono d'ufficio tramite le prefetture la documentazione antimafia. A tali fini, le prefetture utilizzano il collegamento informatico al Centro elaborazione dati di cui all'articolo 8 della legge 1° aprile 1981, n. 121, al fine di verificare la sussistenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, e all'articolo 91, comma 6, nonché i collegamenti informatici o telematici, attivati in attuazione del decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252. In ogni caso, si osservano per il rilascio della documentazione antimafia i termini di cui agli articoli 88 e 92. 2-ter. Con uno dei regolamenti di cui al comma 1 possono essere disciplinate le modalità con le quali la banca dati nazionale unica acquisisce, attraverso l'Anagrafe nazionale della popolazione residente di cui all'articolo 62 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, i dati anagrafici dei soggetti di cui all'articolo 85, comma 3, e li raffronta con quelli del Centro elaborazione dati di cui all'articolo 8 della legge 1° aprile 1981, n. 121.

*Mutatis mutandis*, la forma di partenariato pubblico-pubblico descritta del par. III.1 si ripropone, con evidente velocizzazione, questa volta, di tempi e procedure. Il d.lgs. 159/2011, nella sua formulazione originaria, non forniva indicazioni di dettaglio circa i contenuti, ossia le informazioni che la banca dati può contenere.

In tal senso, l'art. 98<sup>181</sup> si limitava ad indicare la possibilità di rinvenirvi le comunicazioni e le informazioni antimafia, liberatorie e interdittive. Con il d.lgs. 218/2012, primo intervento correttivo al codice antimafia, tale disposizione è stata implementata con l'art. 88 commi 1 e 3 bis e l'art. 92 commi 1 e 2, di cui si è detto in precedenza. Tali correttivi hanno consentito la verifica in ordine al censimento del soggetto economico nel sistema.

In via indiretta e attraverso una lettura sistemica del codice, possiamo ora affermare che la consultazione consente, con certezza, di verificare le cause di divieto, sospensione e decadenza di cui all'art. 67, nonché le situazioni indizianti di cui all'art. 84 comma 4. In ordine a tale ultima disposizione, il riferimento non è da intendersi esclusivamente riferito ai provvedimenti dell'autorità giudiziaria, ma anche ad esiti di accertamenti propri del Prefetto e non attingibili dai sistemi informativi esterni cui la banca dati potrà collegarsi. Il comma 3 dell'art. 98 ammette la possibilità di ospitare anche le informazioni che possono provenire dall'estero, da parte di collaterali organismi di Polizia sia di paesi UE che extra UE, nonché da eventuali altri organismi che potranno alimentare il nuovo sistema informativo. Si prevede che tale forma di implementazione dovrà avvenire tramite il collegamento ad altre banche dati, lasciando in questo modo presupporre che si potranno stabilire delle modalità di triangolazione che, anche indirettamente, supportino i diversi processi di provvista delle informazioni destinate a formare, nell'insieme, il contenuto della banca dati. Ciò che va sottolineato, come rilevante segnale di novità, è il fatto che nella disciplina dei controlli antimafia sui contratti pubblici si prende atto del fatto che anche le imprese straniere possono essere veicolo di inquinamento criminale, in un mutato contesto mondiale in cui tale pericolo è a maggior ragione plausibile ove si

---

181 1. Nella banca dati nazionale unica sono contenute le comunicazioni e le informazioni antimafia, liberatorie e interdittive. 2. La banca dati nazionale unica, tramite il collegamento al sistema informatico costituito presso la Direzione investigativa antimafia di cui all'articolo 5, comma 4, del decreto del Ministro dell'interno in data 14 marzo 2003, consente la consultazione dei dati acquisiti nel corso degli accessi nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici disposti dal prefetto. 3. La banca dati nazionale unica, tramite il collegamento ad altre banche dati, può contenere ulteriori dati anche provenienti dall'estero.

considerino la diffusione globale che è venuta ad assumere la criminalità organizzata e le relative dimensioni transnazionali.

Come specificato, il d.lgs. 153/2014, all'art. 4, ha modificato anche la disciplina della banca dati nazionale unica. Le modifiche hanno riguardato anzitutto una integrazione del contenuto dell'art. 99, attraverso il quale si è stabilito che, con uno o più regolamenti, possano disciplinarsi le modalità attraverso cui la banca dati unica nazionale della documentazione antimafia può acquisire, mediante l'anagrafe nazionale della popolazione residente istituita presso il Ministero dell'interno, i dati anagrafici dei titolari dell'impresa, i suoi rappresentanti legali, i soci, gli amministratori, i direttori, i membri del collegio sindacale e i loro familiari conviventi maggiorenni.

Oltre a tale acquisizione è stata introdotta la possibilità di raffrontare tali dati con quelli presenti nel CED costituito presso il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno. È stato aggiunto, inoltre, l'art. 99-bis<sup>182</sup>, che detta la disciplina inerente le ipotesi di mancato funzionamento della banca dati nazionale. In tali casi, la comunicazione antimafia è sostituita dall'autocertificazione di cui all'art. 89, mentre l'informazione antimafia viene rilasciata secondo le modalità previste dal comma 2 dell'art. 92, quindi dal Prefetto, sempre entro trenta giorni dalla richiesta.

## 7. *Le white list e le black list*

Nella circolare 23 Giugno 2010 n. 0004610 del Ministero dell'interno sono state fornite precise indicazioni ai Prefetti in tema di intensificazione dei controlli antimafia in

---

182 1. Qualora la banca dati nazionale unica non sia in grado di funzionare regolarmente a causa di eventi eccezionali, la comunicazione antimafia è sostituita dall'autocertificazione di cui all'articolo 89 e l'informazione antimafia è rilasciata secondo le modalità previste dall'articolo 92, commi 2 e 3. Nel caso in cui la comunicazione antimafia è sostituita dall'autocertificazione, i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva e previa presentazione di una garanzia fideiussoria di un importo pari al valore del contributo, finanziamento, agevolazione o erogazione. 2. Il Ministero dell'interno, Dipartimento per le politiche del personale dell'amministrazione civile e per le risorse strumentali e finanziarie, pubblica immediatamente l'avviso del mancato funzionamento della banca dati nazionale unica sul proprio sito istituzionale, nonché sui siti delle Prefetture. 3. Con le modalità di cui al comma 2 viene data notizia del ripristino del funzionamento della banca dati nazionale unica. Il periodo di mancato funzionamento della banca dati nazionale unica è accertato con decreto del capo del predetto Dipartimento ovvero di altro dirigente appositamente delegato. Il decreto è pubblicato sul sito istituzionale del Ministero dell'interno nella sezione "Amministrazione trasparente".

ambiti determinati, allo scopo di individuare e censire in via preventiva le imprese compromesse sul piano della collusione malavitosa.

In questo senso si è parlato di una sorta di *black list*, cioè di un elenco di imprese controindicate, adoperando un'espressione nota nel campo dell'antiriciclaggio per indicare i paesi a regime fiscale privilegiato. A conti fatti, il sistema dei controlli antimafia, può contare a tutti gli effetti su una sorta di *black list*, tale risultando alla fine l'elenco dei soggetti che, censiti nella banca dati, risulteranno essere stati colpiti da interdizione prefettizia. Nella stessa direttiva si accennava anche alla possibilità di costituzione, in via complementare, di una *white list*, nell'ambito della quale sarebbe stato possibile procedere all'individuazione di operatori considerati affidabili in quanto sottoposti in via preventiva a controlli antimafia che ne hanno escluso il rischio di inquinamento.

Lo strumento delle *white list* si rinviene per la prima volta in alcune disposizioni normative che hanno disegnato un regime particolare per l'effettuazione delle verifiche antimafia relative ad alcuni interventi pubblici di grande rilievo nazionale. Ciò è accaduto con riferimento alla disciplina dei lavori di ricostruzione in Abruzzo a seguito del sisma del 6 Aprile 2009 e alle opere connesse allo svolgimento di EXPO Milano 2015. In tali disposizioni si stabilisce che per i subappalti e i subcontratti successivi ai contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, presso le competenti Prefetture è istituito un elenco di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, ai quali possono rivolgersi gli esecutori dei lavori, servizi e forniture. La definizione delle modalità di costituzione e di aggiornamento di detti elenchi è stata successivamente rimessa a due distinti decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, che sono stati adottati il 18 Ottobre 2011 e pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale il 25 Gennaio 2012.

Le *white list* previste riguardano imprese operanti in settori economici particolarmente esposti ai pericoli di condizionamento criminale, quali il trasporto di materiale, lo smaltimento dei rifiuti, i noli a freddo e a caldo di macchinari, la fornitura di ferro lavorato, il trasporto di calcestruzzo e l'autotrasporto conto terzi. In base a tale sistema, le Prefetture di Milano e dell'Aquila sono state legittimate ad agire in deroga all'assetto di competenze territoriali, vagliando le posizioni di imprese aventi sede legale al di fuori delle proprie giurisdizioni ordinarie. L'iscrizione in tali liste era determinata dalla presentazione di un'istanza da parte dell'operatore economico interessato, alla quale seguiva lo svolgimento degli accertamenti da parte della Prefettura finalizzati ad accertare

l'assenza di cause di decadenza, divieto o sospensione di cui all'art. 67, nonché l'insussistenza di ulteriori situazioni ostative, quali gli eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e i provvedimenti giudiziari inerenti finanche un decreto di rinvio a giudizio ovvero una misura cautelare per i delitti di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p.

In presenza di tali provvedimenti i Prefetti risultavano esonerati dall'onere di svolgere ulteriori attività istruttorie, avendo la possibilità di adottare immediatamente un provvedimento interdittivo. Questa conclusione appare del tutto coerente con l'elevato "effetto-affidamento" che il sistema delle *white list* genera a favore dell'impresa che vi fa ingresso, il quale giustifica l'applicazione di un sistema di valutazione maggiormente rigoroso. Nell'attuale sistema i riferimenti normativi attraverso i quali esperire l'azione accertativa sono l'art. 67, l'art. 84 comma 4 e l'art. 91 comma 6, che nel sistema delle *white list* risultano parificati in termini di efficacia interdittiva automatica, in virtù delle considerazioni appena espresse.

La tempistica dell'accertamento, in assenza di previsioni espresse, sembra riferibile *per relationem* alla disciplina delle informazioni contenuta all'art. 92 comma 2, il quale stabilisce un termine di trenta giorni prorogabili, in particolari situazioni, di ulteriori quarantacinque. Se non ricorrono le situazioni ostative, il procedimento si conclude con l'iscrizione dell'impresa nella categoria richiesta. Il soggetto economico ha l'obbligo, ultimata l'iscrizione, di comunicare al Prefetto le eventuali variazioni intervenute negli assetti societari, le quali determinano la sospensione dell'iscrizione per trenta giorni, nei quali andranno espletate le verifiche volte alla verifica dell'assenza di situazioni controindicanti alla permanenza dell'iscrizione. Non è tanto chiaro cosa succeda nel caso in cui il Prefetto, entro lo *spatium deliberandi* di trenta giorni, non riesca a concludere tali accertamenti e quindi non sia in grado di emettere un provvedimento *ex informata conscientia*. La soluzione più logica è quella secondo cui è comunque ammesso un *surplus* temporale, al termine del quale sarà possibile adottare un eventuale provvedimento di cancellazione, in considerazione della non perentorietà dei termini istruttori. Il d.l. 70/2011, convertito con modificazioni dalla l. 106/2011, ha previsto l'istituzione degli elenchi in parola con riguardo all'intero territorio nazionale.

Il regime delineato dall'art. 4 comma 13 d.l. 70/2011 è stato superato dalla l. 190/2012<sup>183</sup>, la quale ha completamente ridisciplinato le *white list* nazionali, che

---

183 Cosiddetta legge anticorruzione.

continueranno a riguardare solamente alcuni specifici settori sensibili. Si tratta degli stessi settori previsti dai due d.P.C.M. del 18 Ottobre 2011, ai quali potranno aggiungersi ulteriori tipologie di fornitori e prestatori di beni e servizi, da individuarsi con apposito decreto del Ministro dell'interno. In seguito alle modifiche apportate dalla l. 190/2012 sono stati definitivamente superati i dubbi sollevati dall'art. 4 comma 13 d.l. 70/2011, stabilendo che l'iscrizione, la quale conserva carattere volontario, è subordinata all'accertamento dei requisiti richiesti per il rilascio dell'informazione antimafia liberatoria.

Altra significativa novità è stata l'introduzione di un principio di equipollenza tra l'ingresso nelle liste e l'informazione antimafia liberatoria che viene, però, circoscritto all'esercizio delle sole attività per cui è stata conseguita l'iscrizione.

L'attuazione di tali modifiche si è avuta con il d.P.C.M. 18 Aprile 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 15 Luglio successivo e divenuto effettivamente operativo a partire dal 14 agosto 2013, come stabilito dall'art. 10, comma 2, del decreto presidenziale. In base alla nuova normativa, i soggetti legittimati a richiedere l'iscrizione nelle *white list* saranno in sostanza rappresentati da tutti i fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori appartenenti alla filiera di imprese partecipanti al processo realizzativo di una determinata opera.

In tal senso, l'elenco sembra destinato a ricomprendere tutti i soggetti che a qualunque titolo contribuiscono all'esecuzione del lavoro, sia in qualità di appaltatori che di subappaltatori. Sennonché, l'art. 1 comma 53 della l. 190/2012 definisce l'ambito di applicazione oggettivo degli elenchi, individuando in maniera specifica le attività imprenditoriali ritenute a maggiore rischio di infiltrazione mafiosa, rispetto alle quali sarà consentita l'iscrizione nelle *white list*<sup>184</sup>. Considerato il carattere tassativo dell'elencazione, ciò implica che solo i soggetti operanti in tali settori di attività sono titolati a richiedere l'iscrizione nelle liste, anche se, a tal riguardo, è comunque prevista la possibilità che l'elencazione dei diversi settori imprenditoriali, contenuta nel comma 53, sia aggiornata entro il 31 Dicembre di ogni anno con un apposito decreto del Ministro dell'interno.

Resta dunque il fatto che tali attività si identificano in linea generale con prestazioni tipicamente appartenenti alla categoria dei subcontratti e che, di conseguenza, l'utilizzo

---

184 La legge anticorruzione si riferisce ai seguenti settori lavorativi: trasporto di materiali a scarica per conto di terzi; trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; noli a freddo e macchinari; fornitura di ferro e lavorato; noli a caldo; autotrasporti per conto di terzi e, infine, guardiana di canteri.

delle *white list* sia circoscritto ai soli subaffidamenti effettuati dall'aggiudicatario di un contratto di appalto pubblico, piuttosto che agli affidamenti posti in essere dalla stazione appaltante. Una volta ottenuta l'iscrizione, la permanenza nella lista prefettizia avrà una validità di dodici mesi, secondo quanto stabilito dall'art. 2, comma 2, del d.P.C.M. 18 Aprile 2013. In ogni caso, l'art. 5 comma 1, del decreto prevede che l'iscrizione possa essere rinnovata su istanza di parte, nel senso che l'impresa può comunicare alla Prefettura competente, almeno trenta giorni prima della data di scadenza, il suo interesse a permanere nell'elenco. Ne consegue che, se l'istanza di rinnovo non viene inoltrata entro il suddetto termine, l'impresa sarà automaticamente cancellata dall'elenco. Ovviamente, a seguito dell'istanza di rinnovo, la Prefettura sarà chiamata ad effettuare una nuova verifica sulla permanenza delle condizioni a suo tempo accertate, al fine di consentire la valutazione di meritevolezza del mantenimento dell'iscrizione nell'elenco. Tali accertamenti, ai sensi dell'art. 5 comma 3 del d.P.C.M., potranno essere effettuati in qualsiasi momento, anche mediante controlli a campione, all'esito dei quali è disposta la cancellazione dell'impresa dall'elenco, qualora sia stato accertato il venir meno delle condizioni iniziali. Dal lato dell'impresa, lo stesso art. 5 comma 3 del decreto ribadisce invece l'obbligo di comunicazione relativo a qualsiasi modifica dell'assetto proprietario e dei propri organi sociali, già fissato dall'art. 1 comma 55 l. 190/2012. In altri termini, le norme citate impongono all'impresa iscritta in una *white list* di comunicare alla Prefettura qualunque cambiamento intervenuto nella proprietà o nella gestione dell'impresa come, ad esempio, il trasferimento di un pacchetto azionario o la sostituzione di una carica apicale. L'unica eccezione alla regola è rappresentata dalle società di capitali quotate in borsa, per le quali le modifiche degli assetti proprietari sono prese in considerazione solo se rilevanti ai sensi del Testo Unico di cui al d.lgs. 58/1998, vale a dire soltanto se superiori al due per cento del capitale.

#### **8. La ritardata certificazione a contenuto interdittivo: l'urgenza e il risarcimento all'impresa mafiosa**

Un aspetto della disciplina in esame che desta più di qualche perplessità è senza dubbio quello relativo alla tempistica del rilascio della informativa prefettizia.

La stazione appaltante ha facoltà di richiedere la documentazione antimafia fin dal momento di aggiudicazione provvisoria, anche se l'art. 11 comma 8 d.lgs. 163/2006<sup>185</sup> si limita a subordinare l'efficacia della aggiudicazione definitiva alla verifica del possesso dei requisiti prescritti, al fine di pervenire in maniera corretta alla stipulazione del contratto, secondo quanto stabilito anche dall'art. 91 d.lgs. 159/2011.

Come specificato, il Prefetto ha trenta giorni, eventualmente prorogabili di altri quarantacinque, per rilasciare l'informazione interdittiva. Il punto focale della questione è la necessità di armonizzare questa tempistica con quella relativa alla formazione del contratto d'appalto. Una volta divenuta efficace l'aggiudicazione, la stipulazione del contratto deve avvenire, salvo complicazioni, entro i successivi sessanta giorni, secondo quanto stabilito dall'art. 11 comma 9 d.lgs. 163/2006<sup>186</sup>.

Si apre pertanto, sul piano ermeneutico, una alternativa: considerare o meno l'informativa prefettizia circa l'inesistenza di tentativi di infiltrazione come uno dei "prescritti requisiti". Se si segue la prima ipotesi, l'armonizzazione delle tempistiche si raggiunge automaticamente: il termine per la stipula inizierà a decorrere soltanto dopo l'acquisizione della informativa liberatoria (o non interdittiva).

Se si segue la strada inversa, l'armonizzazione diventa abbastanza complicata: il termine per la stipula scadrà, nei casi di proroga dovuta ad accertamenti complessi, prima che la stazione appaltante possa acquisire l'informativa. La scelta tra i due corni dell'alternativa, peraltro, è stata fatta dal legislatore, il quale ha disposto che, decorso il

---

185 8. L'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.

186 9. Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza, e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione di urgenza di cui al presente comma non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

termine a disposizione del Prefetto, la stazione appaltante proceda “anche in assenza dell’informazione prefettizia”, estendendo di recente tale previsione anche alla disciplina della comunicazione.

Questa soluzione comporta che molto spesso, anzi nella maggioranza dei casi, l’informativa antimafia giunga alla stazione appaltante in un momento successivo rispetto alla stipulazione del contratto e, in tal caso, questa sarà tenuta a recedere dallo stesso, “fatto salvo il pagamento delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l’esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”, come specifica l’art. 92 comma 3 d.lgs. 159/2011.

In considerazione di ciò, a prescindere dalle problematiche che questa previsione comporta per l’impresa, non si può sorvolare sui danni che essa comporta per la stazione appaltante, la quale sarà costretta a trovare, di norma a seguito di nuova gara, un nuovo contraente, che sia disposto a subentrare in un rapporto contrattuale (formalmente) nuovo, ma relativo a lavori, servizi o forniture ormai in corso di esecuzione, eventualmente accollandosi responsabilità derivanti da prestazioni effettuate da altri. Non è dubbio che, tra una cosa e l’altra, il costo dell’opera, del servizio o della fornitura è destinato a lievitare sensibilmente. Vieppiù: il legislatore, all’art. 94 comma 3 d.lgs. 159/2011, ha espressamente previsto che le stazioni appaltanti non procedono alle revoche “nel caso in cui l’opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell’interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi”. La disposizione è peraltro eccessivamente indeterminata, sia perché non è chiaro quando i lavori possano considerarsi in via di ultimazione, sia, soprattutto, perché la possibilità di sostituire il contraente in tempi rapidi non si verifica quasi mai, data la complessa disciplina della formazione e conclusione dei contratti pubblici, specie se inerenti soglie di rilevanza comunitaria, come la richiesta di informazione porta a ritenere. Essa pertanto, mirando a sollevare le stazioni appaltanti dall’imbarazzo di scegliere la decisione da assumere, non ha interamente raggiunto il suo obiettivo, ponendo una questione di bilanciamento di interessi di rilevante entità, la quale non può essere delegata alla stazione appaltante. Si tratta di una trama normativa poco lineare, che pone questioni di comparazione di interessi primari: il pagamento delle opere già eseguite in caso di sopravvenuta informazione interdittiva rispecchia esigenze di natura civilistica, dovute all’adempimento

dell'obbligazione nascente da contratto. Il problema è che, per assurdo, in virtù del rispetto di tale fondamentale assioma, la stazione appaltante potrebbe (e non si tratta di una ipotesi eccessivamente fantasiosa) trovarsi in condizione di dover risolvere il contratto, corrispondere quanto dovuto e non veder completata l'opera, andando ad alimentare il patrimonio delle organizzazioni criminali, il quale rappresenta l'oggetto fondamentale del contrasto al fenomeno mafioso nell'impianto normativo predisposto negli ultimi anni dal legislatore. Il principio di ordine pubblico economico dovrebbe portare a formulare conclusioni differenti, volte a scongiurare tale cortocircuito normativo, insidioso e trascurato nelle recenti proposte di riforma. Il quadro si complica in senso negativo se consideriamo l'art. 125 d.lgs. 104/2010<sup>187</sup> (codice del processo amministrativo), inerente la normativa procedurale in tema di infrastrutture strategiche. Il comma 2 ammette, in questi casi, la possibilità di negare perfino la tutela cautelare nonostante la sussistenza di *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, se sussiste un fantomatico preminente interesse nazionale alla realizzazione dell'opera. La tutela cautelare è ammessa nello stesso lasso di tempo di produzione della documentazione antimafia, ossia a seguito di aggiudicazione definitiva, come specifica l'art. 11 comma 10 ter d.lgs. 163/2006<sup>188</sup>.

---

187 1. Nei giudizi che riguardano le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, di cui alla parte II, titolo III, capo IV del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, oltre alle disposizioni del presente Capo, con esclusione dell'articolo 122, si applicano le seguenti previsioni. 2. In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure. 3. Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Si applica l'articolo 34, comma 3. 4. Le disposizioni del comma 3 si applicano anche alle controversie relative: a) alle procedure di cui all'articolo 140 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; b) alle procedure di progettazione, approvazione e realizzazione degli interventi individuati nel contratto istituzionale di sviluppo ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo 31 maggio 2011, n. 88; c) alle opere di cui all'articolo 32, comma 18, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111.

188 10-ter. Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 14, comma 3, del codice del processo amministrativo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

Il messaggio che passa a seguito dell'analisi di tali disposizioni è che la realizzazione dell'opera assume carattere prioritario, a prescindere dal rispetto delle procedure che dovrebbero rappresentare un baluardo di legalità, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione. Gli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione vengono apertamente violati, insieme ai più importanti principi cardine dell'Unione Europea. Il comma 3, *dulcis in fundo*, stabilisce che la sospensione e l'annullamento dell'affidamento non comportano la caducazione del contratto: ne consegue che non sarà mai possibile realizzare il subentro, con buona pace dell'eventuale ricorrente e delle esigenze di ordine pubblico economico in tema di analisi minuziosa dei soggetti chiamati a contrarre con la pubblica amministrazione.

Il ripristino della legalità violata e l'interesse pubblico, nel rito per gli appalti pubblici, non collimano, in virtù della scelta legislativa di sacrificare esigenze di accertamento per giungere ad una stipula e ad una esecuzione nelle quali la celerità funga da elemento dominante.

## 9. **Le informazioni atipiche: natura e nuova configurazione**

Sotto il vigore del d.lgs. 490/1994 e del d.P.R. 252/1998, si riteneva ammissibile, in aggiunta alle comunicazioni e alle informazioni, un terzo genere di cautela antimafia: le cosiddette informazioni atipiche (o supplementari). Il fondamento normativo di tale istituto è da rinvenire all'art. 1 septies d.l. 629/1982<sup>189</sup>, il quale attribuiva al soppresso Alto Commissario per la lotta alla delinquenza mafiosa il potere di comunicare alle Autorità competenti elementi di fatto o altre indicazioni utili a valutare, nell'ambito della discrezionalità ammessa dalla legge, i requisiti morali dei soggetti interessati ai fini dell'adozione dei provvedimenti di rilascio, rinnovo, sospensione o revoca di autorizzazioni, licenze e concessioni in materia di armi ed esplosivi ed altre attività economiche, nonché di titoli abilitativi alla conduzione di cose o persone. Il d.l. 345/1991

---

189 1. L'Alto commissario può comunicare alle autorità competenti al rilascio di licenze, autorizzazioni, concessioni in materia di armi ed esplosivi e per lo svolgimento di attività economiche, nonché di titoli abilitativi alla conduzione di mezzi ed al trasporto di persone o cose, elementi di fatto ed altre indicazioni utili alla valutazione, nell'ambito della discrezionalità ammessa dalla legge, dei requisiti soggettivi richiesti per il rilascio, il rinnovo, la sospensione o la revoca delle licenze, autorizzazioni, concessioni e degli altri titoli menzionati.

ha soppresso la figura dell'Alto commissario e il potere precedentemente istituito è stato trasferito nel sistema delle cautele antimafia all'art. 10 comma 9 d.P.R. 252/1998<sup>190</sup>.

Tale norma consentiva al Prefetto di avvalersi di tale strumento qualora gli elementi emersi all'esito dell'istruttoria, ancorché non fossero tali da ritenere provata l'esistenza di tentativi di infiltrazione, presentassero profili in punto di affidabilità meritevoli di essere portati a conoscenza dell'amministrazione richiedente l'informazione antimafia, onde consentirle di valutare l'opportunità di rescindere il contratto o di denegare il provvedimento richiesto nei limiti della discrezionalità riconosciuta dalla legge<sup>191</sup>. Il Prefetto, in sostanza, era chiamato a formulare un giudizio in concreto, a seconda del tipo di rapporto in virtù del quale era stato richiesto il rilascio delle informazioni: la medesima circostanza, di conseguenza, poteva essere suscettibile di una valutazione diversa circa l'*an* della sua partecipazione alla stazione appaltante richiedente.

In considerazione di ciò, le informazioni atipiche avevano assunto un'importanza sempre maggiore nel sistema delle cautele antimafia, grazie anche ai vari protocolli di legalità stipulati tra le Autorità di pubblica sicurezza e le stazioni appaltanti. Tali provvedimenti si caratterizzavano per la presenza di un duplice contenuto:

- l'attestazione dell'assenza di situazioni di interdizione o di infiltrazione mafiosa;
- la comunicazione dell'esistenza di elementi di rilievo sul piano dei requisiti di affidabilità.

È chiaro che tale comunicazione risultava priva di effetti interdittivi, ma consentiva all'amministrazione ricevente di azionare gli ordinari strumenti di discrezionalità al fine di valutare l'avvio o il proseguo del rapporto con il soggetto interessato<sup>192</sup>.

Il d.lgs. 159/2011, nella sua formulazione originaria, ha previsto la soppressione delle interdittive atipiche. Questo effetto demolitorio è stata diretta conseguenza dell'abrogazione dell'intero d.P.R. 252/1998, disposta dall'art. 120 del codice antimafia,

---

190 9. Le disposizioni dell'articolo 1-septies del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, come successivamente integrato dalla legge 15 novembre 1988, n. 486, non si applicano alle informazioni previste dal presente articolo, salvo che gli elementi o le altre indicazioni fornite siano rilevanti ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge. Sono fatte salve le procedure di selezione previste dalle disposizioni in vigore in materia di appalti, comprese quelle di recepimento di direttive europee.

191 A. CISTERNA, M.V. DE SIMONE, B. FRATTASI, S. GAMBACURTA, *Codice Antimafia*, p. 202-203, cit.

192 Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 Novembre 2009 n. 7777; In dottrina, R. DE NICTOLIS, *Manuale degli appalti pubblici*, Roma, 2008, pp. 640-642; D. SABATINO, *Manuale degli appalti di servizi e forniture*, Roma, 2011, pp. 131-132; S. CACACE, *Tutela antimafia e grandi opere, contenzioso e giurisprudenza*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

con il mancato inserimento nel codice stesso di previsioni atte a riconoscere al Prefetto un analogo potere di collaborazione interistituzionale.

Tale scelta è ispirata alla logica di garantire il massimo tasso di certezza giuridica sia alle imprese esaminate, sia alle amministrazioni richiedenti, le quali si vedevano sgravate dall'obbligo di valutare l'incidenza delle situazioni comunicate dal Prefetto.

Questa operazione di *self restraint* compiuta dal legislatore è stata oggetto di numerose critiche, soprattutto in sede di esame dello schema di decreto legislativo da parte delle commissioni parlamentari di merito. Il d.lgs. 218/2012, primo correttivo al codice antimafia, ha segnato su questo punto una parziale inversione di rotta, escludendo dal novero delle previsioni abrogate dall'art. 120 d.lgs. 159/2011 il già citato art. 1 septies d.l. 629/1982, che quindi torna ad essere parte attiva dell'ordinamento giuridico. Siffatta norma è però destinata a trovare applicazione in un ambito diverso da quello della documentazione antimafia: essa, infatti, consente al Prefetto di comunicare informazioni riguardanti unicamente il rilascio di alcune tipologie di provvedimenti amministrativi ampliativi della sfera giuridica dell'interessato. L'estensione al contesto delle informazioni antimafia rappresentava il risultato dell'applicazione dell'art. 10 comma 9 d.P.R. 252/1998, previsione abrogata in sede di introduzione del codice e non riesumata con il d.lgs. 218/2012. I principi di delega recati dall'art. 2 l. 136/2010 consentivano, in un'ottica di semplificazione, di eliminare il rimando all'art. 1 septies d.l. 629/1982 nel sistema della documentazione antimafia, ma non di abrogarne *sic et simpliciter* il contenuto.

Una soluzione più opportuna sarebbe stata quella di trasfondere la disposizione in argomento nel corpo del Codice a soli fini ricognitivi, sulla base del principio di delega recato dal già citato art. 1 comma 2 lett. a) della l. 136/2010. L'intervento correttivo del 2012 ha sicuramente avuto il pregio di aver eliminato un eccesso di delega (peraltro ingiustificato, considerato che l'intento legislativo era quello di un rafforzamento della disciplina antimafia, non di un affievolimento), ma come già specificato, nel quadro normativo attuale l'art. 1 septies rimane esterno al sistema della documentazione antimafia.

Alla luce di ciò, è doverosa la constatazione dell'intervenuta soppressione delle informazioni atipiche, che non possono più costituire *tertium genus* dell'esito dell'accertamento prefettizio, potendosi quest'ultimo concludere solamente con un'informazione interdittiva ovvero liberatoria.

L'atto di comunicazione delle notizie resta in questo modo autonomo rispetto al provvedimento conclusivo del procedimento di rilascio della documentazione antimafia, che diventa unicamente strumentale all'emersione di situazioni potenzialmente rilevanti per le decisioni di altri soggetti pubblici.

## CAPITOLO IV

### PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO*

#### **1. La necessità di predisporre adeguati strumenti di contrasto nei confronti dell'impresa illecita**

Riguardo alle strategie di intervento repressivo nei confronti delle imprese infiltrate o condizionate da interessi mafiosi occorre effettuare qualche spunto di riflessione. Innanzi tutto, è ragionevole ipotizzare che il futuro molto prossimo prospetterà una casistica di “inquinamento economico” ben più ampia e variegata rispetto al passato, tenuto conto sia dell'attuale congiuntura economica generale, che rende oggettivamente più vulnerabile il sistema delle imprese, sia dei processi di mutamento ed espansione che vedono protagoniste le consorterie mafiose operanti sul territorio nazionale. Al riguardo, è possibile osservare come sia l'istituto della sospensione temporanea, collocato nell'ambito delle misure di prevenzione, sia la responsabilità da reato degli enti, potrebbero essere funzionali a fornire gli strumenti per una risposta pertinente sul piano giudiziario al duplice problema che in tali casi si è chiamati a fronteggiare: neutralizzare l'intrusione mafiosa nell'attività economica e, al contempo, salvaguardare l'azienda restituendola il più presto possibile al mercato, a condizione che si doti delle misure necessarie a prevenire ulteriori infiltrazioni criminali.

La sospensione temporanea, prevista dall'art. 34 d.lgs. 159/2011<sup>193</sup> e funzionale alla determinazione dello spossessamento gestorio dell'azienda o anche di una sua

---

193 1. Quando, a seguito degli accertamenti di cui all'articolo 19 o di quelli compiuti per verificare i pericoli di infiltrazione da parte della delinquenza di tipo mafioso, ricorrono sufficienti indizi per ritenere che l'esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-bis c.p. o che possa, comunque, agevolare l'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a) e b), e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione, il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo di distretto ove dimora la persona, il questore o il direttore della Direzione investigativa antimafia possono richiedere al tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti delle persone sopraindicate, di disporre ulteriori indagini e verifiche, da compiersi anche a mezzo della Guardia di finanza o della polizia giudiziaria, sulle predette attività, nonché l'obbligo, nei confronti di chi ha la proprietà o la disponibilità, a qualsiasi titolo, di beni o altre utilità di valore non proporzionato al proprio reddito o alla propria capacità economica, di giustificarne la legittima provenienza. 2. Quando ricorrono

articolazione; è disposta dal Tribunale della prevenzione qualora ricorrano sufficienti elementi (oggettivi) di fatto per ritenere che l'esercizio di determinate attività economiche o imprenditoriali agevoli l'attività delle organizzazioni mafiose. La misura può durare non più di dodici mesi (sei iniziali e ulteriori sei di proroga) e al termine, nel caso in cui non siano stati rinvenuti i presupposti della confisca, l'Autorità giudiziaria può revocare *de plano* il provvedimento, ovvero disporre il controllo giudiziario, attraverso la ripristinazione della gestione ordinaria e la possibile imposizione di una serie di prescrizioni di natura prettamente informativa per un periodo non superiore a tre anni.

Ci troviamo di fronte, in sostanza, ad un intervento marcatamente preventivo, finalizzato al monitoraggio giudiziario di attività economico-imprenditoriali di per sé sane, ma condizionate dal crimine organizzato, con l'obiettivo di sottrarle all'infiltrazione

---

sufficienti elementi per ritenere che il libero esercizio delle attività economiche di cui al comma 1 agevoli l'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti previsti dagli articoli 416-bis, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter del codice penale, il tribunale dispone l'amministrazione giudiziaria dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività. 3. L'amministrazione giudiziaria dei beni è adottata per un periodo non superiore a sei mesi e può essere rinnovata, per un periodo non superiore complessivamente a dodici mesi, a richiesta dell'autorità proponente, del pubblico ministero o del giudice delegato, se permangono le condizioni in base alle quali è stata applicata. 4. Con il provvedimento di cui al comma 2, il tribunale nomina il giudice delegato e l'amministratore giudiziario. 5. Qualora tra i beni siano compresi beni immobili o altri beni soggetti a pubblica registrazione, il provvedimento di cui al comma 2 deve essere trascritto presso i pubblici registri a cura dell'amministratore giudiziario nominato entro il termine di trenta giorni dall'adozione del provvedimento. 6. L'amministratore giudiziario adempie agli obblighi di relazione e segnalazione di cui all'articolo 36, comma 2, anche nei confronti del pubblico ministero. 7. Entro i quindici giorni antecedenti la data di scadenza dell'amministrazione giudiziaria dei beni o del sequestro, il tribunale, qualora non disponga il rinnovo del provvedimento, delibera in camera di consiglio, alla quale può essere chiamato a partecipare il giudice delegato, la revoca della misura disposta, ovvero la confisca dei beni che si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Per le impugnazioni contro i provvedimenti di revoca con controllo giudiziario e di confisca si applicano le disposizioni previste dall'articolo 27. 8. Con il provvedimento che dispone la revoca della misura, il tribunale può disporre il controllo giudiziario, con il quale stabilisce l'obbligo nei confronti di chi ha la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni, o di parte di essi, di comunicare, per un periodo non inferiore a tre anni, al questore ed al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, ovvero del luogo in cui si trovano i beni se si tratta di residenti all'estero, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale, di valore non inferiore a euro 25.822,84 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al patrimonio e al reddito della persona. Detto obbligo va assolto entro dieci giorni dal compimento dell'atto e comunque entro il 31 gennaio di ogni anno per gli atti posti in essere nell'anno precedente. 9. Quando vi sia concreto pericolo che i beni sottoposti al provvedimento di cui al comma 2 vengano dispersi, sottratti o alienati, il procuratore della Repubblica, il Direttore della Direzione investigativa antimafia o il questore possono richiedere al tribunale di disporre il sequestro, osservate, in quanto applicabili, le disposizioni previste dal presente titolo. Il sequestro è disposto sino alla scadenza del termine stabilito a norma del comma 3.

inquinante e di renderle rapidamente idonee a funzionare secondo le regole del libero mercato.

Nonostante l'indubbia modernità, l'istituto in questione non ha fatto registrare livelli significativi di applicazione giudiziaria<sup>194</sup>. Il suo utilizzo, quantitativamente modesto e qualitativamente opinabile, è probabilmente dovuto sia alla scarsa chiarezza del disposto normativo, che rende controversi molti aspetti della disciplina, sia alla mancata "metabolizzazione" politico-criminale da parte dei Giudici della prevenzione di uno strumento normativo eccentrico rispetto ai classici strumenti di contrasto (sequestro e confisca). Nonostante questo scarso e rivedibile utilizzo, recentemente si è assistito ad una forma di valorizzazione assai interessante dell'istituto, ad opera della magistratura milanese in relazione ad alcuni casi di infiltrazione da parte della 'ndrangheta di complessi imprenditoriali operanti nel distretto di Milano. L'aspetto di maggiore novità è consistito nelle modalità di revoca della sospensione temporanea. Il Tribunale di Milano ha considerato elemento sintomatico di risanamento delle imprese non solo l'intervenuto avvicendamento del personale dirigente, che intratteneva rapporti con soggetti legati alla criminalità organizzata, ma soprattutto l'adozione di un nuovo modello di organizzazione (richiamando in via indiretta il d.lgs. 231/2001, inerente la responsabilità degli enti), concepito proprio per prevenire le infiltrazioni mafiose. Ci troviamo di fronte ad un approccio giudiziale innovativo, per l'intuibile ragione che il rilievo liberatorio attribuito al modello organizzativo, al di fuori di ogni previsione normativa espressa, ha influenzato indirettamente le dinamiche preventive sottostanti alla sospensione temporanea con la filosofia di fondo sottostante al diverso istituto della responsabilità degli enti. In questo contesto è doveroso sottolineare che a partire dal 2009, i delitti di criminalità organizzata sono stati inseriti nel catalogo degli illeciti penali che fanno da presupposto alla responsabilità da reato degli enti.

Tale responsabilità, così come normativamente modellata, non è stata geneticamente elaborata al fine di assumere a principale punto di riferimento imprese *lato sensu* mafiose.

---

194 G. Giura, in *Dalla Sospensione all'Amministrazione giudiziaria dei beni connessi alle imprese*, sostiene che da una ricerca in corso di ultimazione, in vent'anni risulterebbero non più di ottanta casi giudiziari, per lo più concentrati nel distretto di Palermo e a una prima analisi in gran parte concepiti in modo non del tutto coerente con le finalità "terapeutiche" della norma.

Nonostante ciò, oltre al delitto di associazione mafiosa, tra i reati presupposto ora contemplati dall'art. 24 ter d.lgs. 231/2001<sup>195</sup> figurano anche tutti i “delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p. ovvero al fine di agevolare le associazioni previste dallo stesso articolo”. La formulazione riproduce testualmente l'aggravante di cui all'art. 7 l. 203/1991, fattispecie circostanziale di diffusissimo utilizzo giurisprudenziale, che potrebbe trasformarsi in una sorta di clausola di allargamento del novero dei reati suscettibili di mettere in moto la disciplina della responsabilità da reato degli enti. Tali riferimenti normativi non devono trarre in inganno circa la natura complessiva del d.lgs. 231/2001: il modello di responsabilizzazione si è concentrato sul più ampio e rassicurante orizzonte dell'impresa collettiva geneticamente sana, che delinque solo occasionalmente.

In sostanza, si fa idealmente riferimento a un'azienda sostanzialmente integra che tutt'al più si lascia infiltrare o condizionare dalle mafie soltanto in parte o comunque in maniera episodica. Rispetto alla sospensione temporanea, per attivare il meccanismo della responsabilità degli enti non è sufficiente che l'impresa agevoli oggettivamente l'organizzazione criminale; è necessario, come specificato, che tale agevolazione integri tassative ipotesi criminose e che risulti provato l'interesse o il vantaggio tratto dall'imprenditore. Per far scattare il meccanismo di protezione predisposto dal d.lgs. 231/2001 occorrerebbe disporre di elementi sufficienti per ipotizzare sia la commissione di reati, sia la presenza del requisito ulteriore dell'interesse o vantaggio per l'impresa collusa. Il limitato impiego giudiziario di entrambi gli strumenti di intervento contro le infiltrazioni mafiose nelle attività imprenditoriali richiede un tentativo di analisi. Per un verso, si potrebbe ipotizzare che nella stessa realtà non sussista il presupposto fattuale idoneo a giustificare l'adozione degli istituti in parola, nel senso di ritenere che l'intera

---

195 1. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 416, sesto comma, 416-bis, 416-ter e 630 del codice penale, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché ai delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si applica la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote. 2. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui all'articolo 416 del codice penale, ad esclusione del sesto comma, ovvero di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 5), del codice di procedura penale, si applica la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote. 3. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 1 e 2, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno. 4. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nei commi 1 e 2, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3.

fenomenologia dei rapporti tra mafie e imprese sia in massima parte riconducibile a forme di compenetrazione così profonda da far scattare necessariamente le misure più “draconiane” del sequestro e della confisca.

Per altro verso, si potrebbe anche congetturare che la spiegazione risieda piuttosto nelle “precomprensioni” prevalenti nella cultura degli attori giudiziari, poco inclini a leggere le forme di contiguità imprenditoriale alle mafie in una chiave che renda plausibile un intervento di tipo “terapeutico” prima ancora che “chirurgico” nei confronti delle aziende coinvolte<sup>196</sup>.

Questa ultima ipotesi probabilmente è quella maggiormente vicina alla realtà. Non appare veritiera una rappresentazione dei rapporti tra mafie e imprese di tipo “riduzionistico”, cioè riferita esclusivamente ai due stereotipi, rispettivamente, dell’azienda per varie ragioni di “matrice mafiosa” o comunque collusa e quindi sottoponibile al sequestro finalizzato alla confisca (penale o di prevenzione), e dell’azienda sana perché impermeabile alle infiltrazioni criminali o addirittura attivamente “resistente” in quanto impegnata in attività di denuncia. Esiste una insidiosa area grigia, popolata da condotte individuali caratterizzate da collaborazione nei confronti delle organizzazioni mafiose, che può riflettersi sulle aziende interessate generando molteplici e diversificate sfumature, non necessariamente integranti il modello dell’impresa mafiosa o collusa. È in questo contesto che l’utilizzo degli strumenti menzionati diviene fondamentale, in un’ottica general-prevenzionistica che aggredisce le infiltrazioni mafiose nel tessuto economico nel momento in cui le stesse sono ancora in fase embrionale. L’istituto della sospensione temporanea necessiterebbe di un rimodellamento della norma che ne delinea finalità e modalità di funzionamento; l’intervento giurisprudenziale menzionato in precedenza sarebbe, a parere di chi scrive, meritevole di codificazione espressa, in quanto l’adozione di modelli organizzativi efficienti, in un’attività d’impresa, ben potrebbe prevenire facili infiltrazioni ad opera della criminalità organizzata, le quali non possono essere esclusivamente contrastate dalla perenne sostituzione dei quadri dirigenti. Riguardo l’esigenza di cogliere le sfumature collusive e non predisporre un’azione di contrasto basata esclusivamente su sequestro e confisca si è espressa di recente anche la Corte di Cassazione, nell’ambito del caso Cinà<sup>197</sup>: tale pronuncia si segnala per l’importante presa

---

196 C. VISCONTI, *Proposte per recidere il nodo mafie-imprese*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), pag. 16, cit.

197 Cass. sez. V, 17 dicembre 2013, n. 12493.

di posizione contro l'uso spregiudicato della categoria dell'impresa mafiosa, cui si è assistito nella più recente prassi giurisprudenziale. È emersa la necessità, tra l'altro costituzionalmente imposta, di limitare l'ambito di applicazione della confisca, richiedendo la “stretta corrispettività tra l'oggetto della confisca e l'entità patrimoniale corrispondente alla misura dell'illecito arricchimento”, dopo che quest'ultimo sia stato provato.

Ne discende l'impossibilità di utilizzare la categoria dell'impresa mafiosa per fondare una confisca generale dei beni, in quanto tale *modus operandi* comporterebbe la violazione del principio di legalità, di colpevolezza, di proporzione e del diritto di proprietà costituzionalmente riconosciuto (nonché dell'art. 1 del I Protocollo della Convenzione CEDU e dell'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea). Ecco che l'utilizzo di strumenti di contrasto alternativi, peraltro normativamente previsti e in vigore nel nostro ordinamento, diviene fondamentale al fine di predisporre un'azione repressiva conforme a costituzione e giuridicamente immune da pronunce giurisprudenziali demolitorie. Altra modifica del quadro normativo in vigore dovrebbe riguardare l'inserimento della fattispecie di reato di astensione dagli incanti ex art. 354 c.p. nell'elenco contenuto all'art. 84 comma 4 d.lgs. 159/2011. Tale reato infatti, ancorché omissivo, denota un contatto con la consorteria criminale e prevede la corresponsione di “denaro o altra utilità” al fine di evitare la partecipazione alla gara ad evidenza pubblica. Siamo in presenza di una situazione di accordo e non di soggezione, che ben potrebbe rappresentare l'antefatto di un rapporto collusivo, meritevole di attenzione da parte del legislatore.

## **2. Il recepimento delle nuove Direttive europee: intervenire *cum grano salis* sul Codice dei contratti pubblici**

Il Codice De Lise (d.lgs. 163/2006), che ha rappresentato una importante evoluzione in termini di organicità e sistematicità della trattazione della disciplina degli appalti pubblici, sta per esser mandato in pensione in virtù del recepimento delle nuove

direttive europee in materia<sup>198</sup>. Per quel che in questa sede rileva, sono di fondamentale importanza i considerando n. 100<sup>199</sup>, 101<sup>200</sup> e 102<sup>201</sup> della nuova direttiva 2014/24 UE<sup>202</sup>.

---

198 Si veda, per un *excursus* sull'intera disciplina, Cap. II par. 1.

199 È opportuno evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici ad operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione criminale o che si sono resi colpevoli di corruzione, di frode a danno degli interessi finanziari dell'Unione, di reati di terrorismo, di riciclaggio dei proventi di attività illecite o di finanziamento del terrorismo. Il mancato pagamento di imposte o contributi previdenziali dovrebbe altresì condurre all'esclusione obbligatoria a livello di Unione. Gli Stati membri dovrebbero, tuttavia, avere la facoltà di prevedere una deroga a queste esclusioni obbligatorie in situazioni eccezionali in cui esigenze imperative di interesse generale rendano indispensabile l'aggiudicazione di un appalto. Tale situazione potrebbe verificarsi, per esempio, se è possibile procurarsi vaccini o attrezzature di emergenza urgentemente necessari solo attraverso un operatore economico al quale altrimenti si applicano i motivi di esclusione obbligatori.

200 Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale. È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto. Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale. Dovrebbero anche poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico. Il diritto nazionale dovrebbe prevedere una durata massima per tali esclusioni. Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione.

201 Tuttavia, è opportuno consentire che gli operatori economici possano adottare misure per garantire l'osservanza degli obblighi volte a porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e a impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verifichino di nuovo. Tali misure potrebbero consistere, in particolare, in misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento. Qualora tali misure offrano garanzie sufficienti, l'operatore economico interessato non dovrebbe più essere escluso solo sulla base di tali motivi. Gli operatori economici dovrebbero avere la possibilità di chiedere che siano esaminate le misure adottate per garantire l'osservanza degli obblighi ai fini di una possibile ammissione alla procedura di aggiudicazione. Occorre tuttavia lasciare agli Stati membri la facoltà di determinare le esatte condizioni sostanziali e procedurali applicabili in tali casi. Essi dovrebbero essere liberi, in particolare, di decidere se consentire alle singole amministrazioni aggiudicatrici di effettuare le pertinenti valutazioni o affidare tale compito ad altre autorità a livello centrale o decentrato.

202 Corrispondono ai considerando da n. 69 a n.71 nella Direttiva n. 2014/23 riferita ai settori speciali.

Da essi appare evidente l'ultronea funzione della parte introduttiva di tali Direttive, quella cioè di costituire una preziosa chiave ermeneutica finalizzata a comprendere la *ratio legis* sottesa alle singole disposizioni: si tratta di punti cardinali che evitano complicità nella lettura combinata dei singoli precetti. In particolare, il citato considerando numero 100 ripercorre il contenuto già espresso nella Direttiva 2004/18/UE all'art. 45, par. 1, c.3, e che ricompare nella Direttiva 24, all'art. 57, par. 1<sup>203</sup> con l'aggiunta dei reati di terrorismo e di sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani. Ma c'è un *quid pluris* nella novellata disciplina europea: sia l'art. 45 della Direttiva 18, sia l'art. 57 paragrafo 3<sup>204</sup> e il considerando numero 100 della Direttiva 24 prevedono la possibilità di una deroga alle esclusioni obbligatorie causate dalla sussistenza di una condanna per reati nominati, tassativamente elencati in tali disposizioni.

Già la Direttiva del 2004 espressamente ammetteva deroghe eccezionali "per esigenze imperative di interesse generale", ma le nuove disposizioni contengono un *quid pluris*: il considerando numero 100 esemplifica, di fatto, la dizione astratta che consente la deroga, mediante due esempi di remota applicabilità, quali l'esigenza di procurarsi vaccini e la necessità urgente di attrezzature in possesso solo di un determinato operatore economico. Ciò che desta più di qualche perplessità è il fatto che tale fonte normativa ammetta come prevalente la necessità per un'amministrazione di avere a disposizione un'attrezzatura mediante un contratto da stipulare con soggetti che, in quanto operatori

---

203 1. Le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto qualora abbiano stabilito attraverso una verifica ai sensi degli articoli 59, 60 e 61 o siano a conoscenza in altro modo del fatto che tale operatore economico è stato condannato con sentenza definitiva per uno dei seguenti motivi: partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio; corruzione, quale definita all'articolo 3 della convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea e all'articolo 2, paragrafo 1 della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio; nonché corruzione come definita nel diritto nazionale dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'operatore economico; frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche, quali definiti rispettivamente all'articolo 1 e all'articolo 3 della decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio ovvero istigazione, concorso, tentativo di commettere un reato quali definiti all'articolo 4 di detta decisione quadro; riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 della direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite all'articolo 2 della direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio. L'obbligo di escludere un operatore economico si applica anche nel caso in cui la persona condannata definitivamente è un membro del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza di tale operatore economico o è una persona ivi avente poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo.

204 3. Gli Stati membri possono prevedere, in via eccezionale, una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui ai paragrafi 1 e 2 per esigenze imperative connesse a un interesse generale quali la salute pubblica e la tutela dell'ambiente.

economici con diritto di esclusiva, siano legittimati aprioristicamente a contrarre con l'amministrazione anche se, ad esempio, condannati in via definitiva per il reato di associazione a delinquere di tipo mafioso di cui all'art. 416 bis c.p. La disposizione europea si pone in aperto contrasto con il sistema nazionale antimafia, il quale prevede, a pena della configurazione del delitto ex art. 74 d.lgs. 159/2011<sup>205</sup>, l'impossibilità di stipulare un contratto in presenza di una informativa antimafia interdittiva. Nel sistema delineato dalle Direttive europee, il sol fatto dell'esistenza di un eventuale brevetto riconosce come esigenza primaria il perfezionamento di un contratto con un operatore economico per il quale l'informazione antimafia pone inderogabilmente un *dictum* interdittivo ai sensi dell'art. 92 d.lgs. 159/2011.

Ancora: sempre l'art. 57 par. 3 della Direttiva 2014/24 UE definisce in maniera più netta gli esempi di esigenze imperative connesse all'interesse generale di cui al considerando numero 100, indicando come tali la salute pubblica e la tutela dell'ambiente. Proprio il riferimento all'ambiente, se è letto avendo sullo sfondo il contrasto alle organizzazioni di matrice mafiosa, finisce per inasprire e aggravare le considerazioni appena espresse, dalle quali sembra possibile assumere un atteggiamento di logica perplessità dinnanzi questo scenario legislativo incautamente predisposto dal legislatore europeo.

Il considerando numero 101 stabilisce invece che l'inaffidabilità dell'operatore economico deve essere motivo per la sua esclusione da una gara, ponendo come esempi in tal senso la violazione della normativa ambientale o sociale. In particolare, il legislatore comunitario sembra aver individuato un'ampia categoria generatrice di inaffidabilità; si tratta della "grave violazione dei doveri professionali", intesa come una situazione complessa tale da mettere in discussione l'integrità di un operatore economico "indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per

---

205 1. Il pubblico amministratore, il funzionario o il dipendente che, intervenuta la decadenza o la sospensione di cui all'articolo 67, non dispone, entro trenta giorni dalla comunicazione, il ritiro delle licenze, autorizzazioni, abilitazioni o la cessazione delle erogazioni o concessioni ovvero la cancellazione dagli elenchi, è punito con la reclusione da due a quattro anni. 2. Le stesse pene si applicano in caso di rilascio di licenze, concessioni, autorizzazioni o abilitazioni ovvero di iscrizioni e di attestazioni di qualificazione nonché di concessione di erogazioni in violazione delle disposizioni di cui all'articolo 67. 3. Il pubblico amministratore, il funzionario o il dipendente dello Stato o di altro ente pubblico ovvero il concessionario di opere e di servizi pubblici nonché il contraente generale che consente alla conclusione di contratti o subcontratti in violazione dei divieti previsti dall'articolo 67, è punito con la reclusione da due a quattro anni. 4. Se il fatto di cui ai commi 1, 2 e 3 è commesso per colpa, la pena è della reclusione da tre mesi a un anno.

l'esecuzione dell'appalto". Il contenuto dell'attuale art. 38 lett. f) del Codice De Lise si inquadra proprio in tale prospettiva, anche se il considerando numero 101 comprende ulteriori ipotesi di violazione, diverse dalla negligenza, malafede o errore grave; ci si riferisce, in particolare, alla violazione del pagamento di imposte o contributi previdenziali, che, nel sistema nazionale configurano altre e diverse ipotesi di mancanza dei requisiti generali (art. 38 comma 1, lett. g) e i)). Il considerando numero 102 rimanda alla disciplina della responsabilità degli enti nel caso di commissione di reati nominati da parte di soggetti aventi funzioni apicali, di cui al d.lgs. 231/2001; in tale decreto, all'art. 6 è dettata la disciplina dei modelli organizzativi, l' idoneità dei quali è capace di vanificare l'eventuale ipotesi di responsabilità dell'impresa.

Nella commissione dei reati tipizzati, la fraudolenta violazione di quelle misure idonee, fissate *ex ante*, sconnette l'interesse o il vantaggio per l'impresa stessa. Lungo la stessa direttrice si muove l'art. 30 del T.U. sulla sicurezza sul lavoro, il d.lgs. 81/2008. Rispetto a tali previsioni, il considerando in questione estende ipotesi ed effetti in diretta incidenza alla legittima partecipazione di un'impresa in una gara ad evidenza pubblica. Infatti, è indicato agli Stati membri come "opportuno" di consentire alle imprese partecipanti di adottare misure non solo fissate *ex ante* (es. modelli organizzativi) e capaci di esimere eventuali responsabilità, ma di adottare comportamenti capaci di rimediare, *ex post*, alle conseguenze di reati o violazioni significative per l'esclusione dalle gare. È proprio in tale contesto che la codificazione degli orientamenti giurisprudenziali della magistratura milanese in tema di sospensione temporanea, del quale ho parlato nel par. precedente, è auspicabile e necessaria<sup>206</sup>.

## 2.1. I *performance bonds*

Negli Stati Uniti il sistema degli appalti di opere pubbliche prevede sempre la presenza dei *performance bonds*, cioè di garanzie contro il rischio di inadempimento.

---

206 Per una analisi maggiormente approfondita e dettagliata sull'impatto delle nuove direttive sul panorama nazionale si veda V. CAPUZZA, *i requisiti di ordine generale nelle nuove direttive europee sui contratti pubblici*. Relazione tenuta al Convegno I.G.I. dal titolo *Contratti pubblici: inizia il viaggio all'interno delle direttive* (Roma, 6 maggio 2014).

L'impresa aggiudicataria della gara è tenuta a sottoscrivere una polizza che impegna la controparte<sup>207</sup> a completare il lavoro nei tempi e nei costi promessi dall'aggiudicatario e in sua vece, in caso di inadempimento di quest'ultimo. La controparte, pertanto, ha tutto l'interesse a scremare il mercato e far pagare un prezzo più alto alle imprese ritenute meno affidabili; il *bond* sottoscritto è ovviamente pari all'intero valore del contratto e in tal modo l'intero rischio di mancato completamento dell'opera passa dall'amministrazione pubblica al "surety". L'assicurazione, in sostanza, consente di effettuare aste ad un prezzo minimo, rinviando la procedura di selezione a un terzo, ovviamente esterno all'amministrazione<sup>208</sup>.

Quest'ultima, in tal modo, ottiene il vantaggio che il rischio viene completamente a gravare sul garante e non si incorre nell'eventualità che, in caso di realizzazione dell'opera troppo onerosa, l'impresa preferisca sostenere il costo dell'inadempimento abbandonando il lavoro piuttosto che portarlo a termine. Un importante filone di letteratura economica ha mostrato l'efficienza del sistema di garanzia dei *performance bonds*: ottenere una selezione a monte, da parte del *surety*, delle imprese qualificate ad aggiudicarsi lavori riduce notevolmente il contenzioso di natura amministrativa, le cui principali cause sono rappresentate dal tentativo degli appaltatori di recuperare le possibili perdite derivanti da offerte con ribassi eccessivi e costituirebbe un deterrente per il fenomeno delle offerte anomale.

Nel nostro ordinamento, l'introduzione dei *performance bonds* si è avuta per effetto del d.l. 162/2008, convertito con la l. 201/2008, anche se i vari decreti attuativi ne hanno per lungo tempo reso impossibile l'utilizzo, fino alla definitiva entrata in vigore del 1° Luglio 2014. Il problema applicativo fondamentale è che le compagnie assicurative e, in generale, i soggetti garanti, in Italia sono piuttosto restii ad accettare l'idea di abbandonare il modo di procedere ordinario, che prevede un accertamento dell'*an* e del *quantum* del danno prima di procedere alla corresponsione del pagamento e tanto meno sono favorevoli ad assumere impegni senza la possibilità di far valere le eccezioni previste dal contratto, con l'aggravio della mancata previsione di un massimale di esposizione delle compagnie di assicurazione.

---

207 Tale controparte solitamente è rappresentata da un *surety*, ossia una compagnia di assicurazioni specializzata.

208 C. MAGGIORE, *I bonds nel settore degli appalti: riflessioni e insegnamenti ricavabili dall'esperienza statunitense*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* n. 4, Ottobre - Dicembre 1989.

Il Codice De Lise disciplina tale garanzia di esecuzione globale all'art. 129 comma 3<sup>209</sup>: nella versione formulata dal nostro legislatore, ci troviamo di fronte ad un sistema inteso ad associare alla semplice garanzia fideiussoria di buon adempimento (che comporta, per il garante, un onere di pagare le previste somme richieste dal committente che si duole per il mancato o inesatto adempimento dell'esecutore) una più vasta garanzia di *fare*, che obbliga il garante a far conseguire alla stazione appaltante o al soggetto aggiudicatore non già il recupero degli oneri per il mancato o inesatto adempimento, ma l'oggetto stesso della prestazione contrattuale. Ne consegue che tale strumento di garanzia, mirando al conseguimento del bene oggetto della prestazione dovuta, si configura quale mezzo di adempimento in natura.

Il ricorso alla garanzia globale è previsto per gli appalti di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori di ammontare a base d'asta superiore a settantacinque milioni di euro, per gli affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare<sup>210</sup> e per gli appalti di sola esecuzione di ammontare a base d'asta superiore a cento milioni di euro, come meglio specifica l'art. 129 d.P.R. 207/2010<sup>211</sup>.

Mentre nelle prime due ipotesi la presentazione della garanzia si connota come obbligatoria, anche a prescindere dalla sua omessa previsione nella *lex specialis*, nella terza ipotesi è invece condizionata ad una sua esplicita richiesta da parte del bando di gara. La garanzia globale di esecuzione ha rappresentato un mutamento di indirizzo normativo che il legislatore italiano ha inteso predisporre al fine di rafforzare la posizione della stazione appaltante. Il problema è che, come specificato, attualmente essa dovrebbe applicarsi solo ad appalti di grandi dimensioni, che sono in numero molto ridotto a causa della ben nota poco favorevole congiuntura economica.

---

209 3. Con il regolamento è istituito, per i lavori di importo superiore a cento milioni di euro, un sistema di garanzia globale di esecuzione operante per gli appalti pubblici aventi ad oggetto lavori, di cui possono avvalersi i soggetti di cui all'articolo 32, comma 1, lettere a), b) e c). Il sistema, una volta istituito, è obbligatorio per tutti gli appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a settantacinque milioni di euro.

210 Ipotesi, questa, non contemplata nell'art. 129 comma 3 d.lgs. 163/2006.

211 1. Ai sensi dell'articolo 129, comma 3, del codice, è istituito il sistema di garanzia globale di esecuzione. 2. La garanzia globale di esecuzione consiste nella garanzia fideiussoria di buon adempimento di cui all'articolo 113 del codice e nella garanzia di subentro di cui all'articolo 131, comma 1, lettera b), del presente regolamento. 3. La garanzia globale è obbligatoria per gli appalti di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori di ammontare a base d'asta superiore a settantacinque milioni di euro, per gli affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare, e, ove prevista dal bando o dall'avviso di gara, per gli appalti di sola esecuzione di ammontare a base d'asta superiore a cento milioni di euro.

Questa circostanza, a livello pratico, non facilita l'utilizzo di tale strumento e, anzi, pone importanti problematiche applicative sia in relazione al mercato degli appalti che con riferimento a quello delle assicurazioni. Le finalità della norma sono pienamente condivisibili: controllare in ogni momento l'esecuzione dell'opera e sostituire tempestivamente l'impresa inadempiente evitando ripercussioni negative sui tempi e i costi di realizzazione del lavoro oggetto di appalto. Questo assetto, però, espone il *suret* ad una scopertura economica notevole, proprio in ragione del numero limitato di appalti disciplinati in tal modo, che non permette di "spalmare" il rischio su un numero maggiore di contratti, riducendo proporzionalmente l'esposizione complessiva assunta. È evidente, infatti, che assicurare solo grandi appalti espone le imprese assicuratrici a rischi notevoli per la loro stabilità. Per superare queste criticità è stata avanzata da parte dell'ANAC la proposta di estendere lo strumento anche ad appalti medio-piccoli, consentendo così ai *suret* di gestire in maniera oculata e non pregiudizievole l'assicurazione dell'importo delle opere. È proprio questa, a parere di chi scrive, la strada che il legislatore nazionale dovrebbe percorrere nei prossimi mesi, quando si perfezionerà il più volte citato recepimento delle nuove Direttive europee in materia di appalti. Non mancano tuttavia i pareri sfavorevoli rispetto a tale estensione e, a dir la verità, verso il sistema dei *performance bonds* nella sua interezza.

Il colosso assicurativo tedesco *Munich Re*, intervistato a tal proposito, ha fatto notare come il performance bond esistente negli Usa e in Canada non possa essere paragonabile al modello predisposto dal nostro legislatore nazionale. In tali sistemi l'istituto si basa su un'esperienza centenaria e su un ordinamento giuridico molto diverso; in quei contesti la garanzia, si fa notare, non opera a prima richiesta e ci sono diversi modi per svincolarsi, tra cui quello di finanziare l'appaltatore in difficoltà per permettergli di portare a termine i lavori. Si tratta di osservazioni legittime e condivisibili, ma che non dovrebbero condurre a conclusioni negative rispetto allo strumento nella sua complessità, quanto fungere da stimolo rispetto all'adattamento e al modellamento sul nostro ordinamento giuridico dell'istituto in parola. Le criticità evidenziate, aggiunte all'assenza di un massimale di esposizione per le compagnie assicurative, rappresentano i più importanti problemi applicativi di uno strumento che, se opportunamente utilizzato, potrebbe dare impulso positivo al sistema degli appalti pubblici, garantendo la completa realizzazione dell'opera in tempi ragionevolmente consoni.

Il “battesimo del fuoco” dei *performance bonds* si è avuto la scorsa estate nella gara da centouno milioni bandita dall’Anas a Casalecchio di Reno<sup>212</sup>. Il termine per la scadenza delle offerte era datato giovedì 25 settembre 2014 e da allora le imprese prequalificate sono ancora in attesa delle lettere di invito. È in stallo anche una seconda gara stradale, bandita a fine dicembre 2014, con l’obbligo di presentare la garanzia globale al momento dell’aggiudicazione: si tratta dell’appalto integrato da novantasei milioni per la tangenziale di Novara e anche in questo caso dopo la prequalifica la gara è entrata in fase di stallo. Da ultimo, a rischio blocco anche la gara da centoventi milioni per l’ospedale Cattinara, a Trieste. Oltre al blocco degli appalti, in questi casi le imprese hanno denunciato i rischi di inquinamento e restrizione del mercato. È stato fatto notare che per uscire dall’*impasse* qualche impresa potrebbe tentare di procurarsi una garanzia all’estero, con il conseguente rischio che si diffonda una attività fideiussoria da parte di operatori di dubbia solidità e reputazione, difficilmente controllabili da parte dell’istituto di vigilanza sulle assicurazioni<sup>213</sup>. Si tratta di osservazioni assolutamente acute: predisporre un sistema di controllo attraverso una banca dati internazionale eliminerebbe il rischio di contaminazioni criminali in tal senso, con azzeramento delle possibilità, da parte delle consorterie mafiose, di utilizzare tale canale al fine di riciclare i proventi delle attività criminali, in particolare quelle legate al traffico di sostanze stupefacenti, che sono di gran lunga le più remunerative. Il problema fondamentale di tale sistema è che l’unico paese in Europa ad avere nel proprio ordinamento un sistema di garanzia globale di esecuzione è proprio l’Italia, con la conseguente impossibilità di coinvolgere gli altri Stati in un flusso informativo che rappresenterebbe la chiave di volta del sistema.

Ancora: l’art. 134 comma 5 d.P.R. 207/2010<sup>214</sup> permette di evitare la richiesta di garanzia di subentro a banche e assicurazioni da parte di quelle imprese partecipate da capogruppo con patrimonio netto superiore a cinquecento milioni.

---

212 Bologna, statale 64 «Porrettana».

213 Ivass.

214 5. Il bando o l’avviso di gara può prevedere che la garanzia di subentro possa essere prestata anche dalla eventuale società capogruppo del contraente, congiuntamente ad altro garante, in possesso dei requisiti di cui al comma 4, che presta la garanzia di cui all’articolo 113 del codice. L’eventuale società capogruppo del contraente deve possedere, nel caso in cui quest’ultimo scelga di utilizzarla quale garante nella garanzia di subentro, un patrimonio netto non inferiore all’importo dei lavori e comunque superiore a cinquecento milioni di euro.

Si tratta di una condizione che nel panorama delle costruzioni italiano è soddisfatta da un numero di imprese che si contano sulle dita di una mano<sup>215</sup> e che quindi appare poco adeguata nel nostro ordinamento giuridico nazionale.

Tali problematiche devono al più presto trovare pronta soluzione, in modo che venga definitivamente scongiurato questo blocco delle grandi opere che attualmente interessa gli appalti di lavori. Aspettare l'entrata in vigore del nuovo Codice potrebbe sembrare la soluzione più comoda in termini di organicità, ma un intervento immediato sull'art. 113 d.lgs. 163/2006 e, *de relato*, sull'art. 129 d.P.R. 207/2010 consentirebbe di superare le evidenti difficoltà che le imprese e le compagnie assicuratrici hanno riscontrato a partire dal 1° Luglio 2014. La necessità più evidente è quella di regolare il mercato delle imprese assicuratrici, che dovrebbe affermarsi come segmento specialistico e specializzato dalla dettagliata regolamentazione. Il sistema dei *performance bonds*, è evidente, costituisce una sorta di delega nelle procedure di scelta del contraente, che l'amministrazione effettua in favore dei *surer*.

Proprio in virtù di tale decentramento decisionale, l'attività statale di controllo dovrebbe gravare maggiormente sulle compagnie assicuratrici e meno sulle imprese, che sarebbero giocoforza escluse in caso di offerte anomale non giustificate o carenti profili di garanzia rispetto all'esecuzione dell'opera.

Il metodo più conveniente per vagliare la fattibilità di un'offerta è infatti quello di sottoporla ad un rigoroso scrutinio economico, operazione che nel nostro attuale sistema viene effettuata attraverso il calcolo della cosiddetta *soglia di anomalia*, ma che con l'attribuzione di responsabilità a tali compagnie (che sarebbero chiamate a rispondere personalmente, in prima istanza ovvero attraverso sovvenzioni economiche all'impresa contraente, anche se tale ultima soluzione non è ancora contemplata nel nostro ordinamento) diverrebbe sicuramente più penetrante e incisiva.

Si auspica quindi una pronta regolamentazione della disciplina in esame, al fine di attribuire rilevanza strategica a un istituto che, per come è stato contemplato dal legislatore nazionale, mal si attaglia alle esigenze di imprese e compagnie assicuratrici.

---

215 Sulla base di recenti indagini di mercato, le uniche imprese a soddisfare tale requisito, attualmente, sarebbero Salini Impregilo, Astaldi, Autostrade e Vianini.

### **3. L'impatto delle nuove Direttive sugli aspiranti contraenti condannati in via definitiva: dall'Europa arriva la soluzione a disposti normativi nazionali poco convincenti**

Il recepimento delle nuove Direttive si appresta ad introdurre qualche mutamento importante anche alla disciplina degli aspiranti contraenti condannati in via definitiva, nonché al d.lgs. 159/2011. Procediamo con ordine. L'art. 73 lett. b) della direttiva 2014/24<sup>216</sup> (e, in maniera speculare, l'art. 44, lett. b) della direttiva 2014/23 inerente le concessioni), introduce una previsione estremamente interessante: è disposto che gli Stati membri debbano assicurare che si risolva il contratto laddove l'aggiudicatario si sia trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'art. 57 paragrafo 1<sup>217</sup> e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di gara.

Con riferimento ai gravi reati nominati di cui all'art. 57 della direttiva 2014/24, il legislatore comunitario ha riconosciuto ascrivibile nella categoria dell'invalidità la stipula del contratto avvenuta in assenza di tali requisiti generali, confermando l'assunto attraverso il ricorso all'istituto della risoluzione del contratto. Infatti, con tale previsione, che introduce un obbligo di risoluzione, si è fuori dall'ambito di applicabilità degli artt. 120-123 c.p.a., per i quali il contratto al massimo è dichiarato inefficace dal giudice:

---

216 Gli Stati membri assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la possibilità, almeno nelle seguenti circostanze e alle condizioni stabilite dal diritto nazionale applicabile, di risolvere un contratto pubblico durante il periodo di validità dello stesso, qualora: b) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafo 1, e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura d'appalto.

217 1. Le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto qualora abbiano stabilito attraverso una verifica ai sensi degli articoli 59, 60 e 61 o siano a conoscenza in altro modo del fatto che tale operatore economico è stato condannato con sentenza definitiva per uno dei seguenti motivi: a) partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio; b) corruzione, quale definita all'articolo 3 della convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea e all'articolo 2, paragrafo 1 della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, nonché corruzione come definita nel diritto nazionale dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'operatore economico; c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche, quali definiti rispettivamente all'articolo 1 e all'articolo 3 della decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio ovvero istigazione, concorso, tentativo di commettere un reato quali definiti all'articolo 4 di detta decisione quadro; e) riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 della direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; f) lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite all'articolo 2 della direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio. L'obbligo di escludere un operatore economico si applica anche nel caso in cui la persona condannata definitivamente è un membro del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza di tale operatore economico o è una persona ivi avente poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo.

inefficacia e invalidità sono notoriamente categorie profondamente differenti, che non presentano alcun segno di contiguità. La risoluzione, in tali situazioni, prevale e conferma quanto in quest'ambito ha fatto già sul piano positivo la legge nazionale, nell'*incipit* dell'art. 38 del Codice dei contratti<sup>218</sup>. Altra considerazione è d'obbligo: la prescrizione dell'art. 73 della Direttiva riguarda un ambito distinto rispetto a quello dell'art. 135 d.lgs. 163/2006<sup>219</sup>.

Infatti, nell'art. 73 si fa riferimento all'ipotesi in cui sia mancante il requisito generale a causa della sussistenza di condanne per uno dei reati nominati, già al momento dell'aggiudicazione e, nonostante ciò, sia seguita la stipulazione del contratto che, quindi, dovrà essere risolto per nullità della causa. L'art. 135 comma 1 d.lgs. 163/2006 considera l'eventuale condanna divenuta irrevocabile solamente in un momento successivo rispetto alla stipula contrattuale dell'appalto, lasciando facoltà di risoluzione, di certo attuabile non per motivi di nullità del contratto. Ecco che il recepimento dell'art. 57 non rappresenta un duplicato di quanto già contenuto nel Codice De Lise ma una innovazione fondamentale in termini di certezza delle vicende contrattuali "anomale". Se si tratta di reati di criminalità organizzata o di terrorismo, l'art. 73 della Direttiva 2014/24 (che, è bene ricordarlo, prevede l'obbligo di risoluzione in presenza di reati nominati per cui vi sia stata condanna in giudicato già dalla fase dell'aggiudicazione) si pone in aperto contrasto con il quadro normativo contenuto nel Codice antimafia, che all'art. 94 comma 3 dà obbligo di non recedere dal contratto<sup>220</sup>.

---

218 1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti [...].

219 1. Fermo quanto previsto da altre disposizioni di legge, qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta l'emanazione di un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui all'articolo 3, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, ed agli articoli 2 e seguenti della legge 31 maggio 1965, n. 575, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i delitti previsti dall'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 320 del codice penale, nonché per reati di usura, riciclaggio nonché per frodi nei riguardi della stazione appaltante, di subappaltatori, di fornitori, di lavoratori o di altri soggetti comunque interessati ai lavori, nonché per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro, il responsabile del procedimento propone alla stazione appaltante, in relazione allo stato dei lavori e alle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell'intervento, di procedere alla risoluzione del contratto. 1-bis. Qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione, per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultante dal casellario informatico, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto. 2. Nel caso di risoluzione, l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento dei lavori regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto.

220 Si tratterebbe comunque di recesso, non di risoluzione del contratto.

Tale disposto riguarda il caso in cui, giungendo l'informazione prefettizia interdittiva dopo la stipula avvenuta per le eccezionali ipotesi di ritardo o di urgenza, la prestazione contrattuale in atto sia inquadrabile in una delle ipotesi fumose espresse nella legge<sup>221</sup>. L'ambito di riferimento delle due norme in esame, a ben vedere, è coincidente: anche nell'ipotesi dell'art. 94 del Codice antimafia va considerato che l'informazione è sì giunta dopo la stipula del contratto, ma riguarda fatti accertati ed esistenti già prima del perfezionamento del negozio e cioè sussistenti al momento dell'aggiudicazione. In tale scontro normativo, è auspicabile un pronto intervento da parte del legislatore nazionale, funzionale a sanare l'ibrido normativo attualmente vigente.

D'altra parte tale intervento è richiesto dallo stesso art. 73 della Direttiva e, a fronte di un legislatore italiano omissivo, s'applicherebbe nell'aprile 2016 comunque e direttamente la lett. b) in parola. In particolare, si auspica un mutamento organico attraverso il quale si giunga, nell'ipotesi ex art. 94, all'obbligo incondizionato di scioglimento del contratto e, magari, mediante la risoluzione e non il recesso, escludendo così anche il rimborso spese per quanto realizzato fino allo scioglimento, da corrispondere all'impresa i cui rappresentanti abbiano palesato collegamenti con associazioni a delinquere di tipo mafioso, in modo da scoraggiare la partecipazione delle imprese "in odor di mafia" alle gare ad evidenza pubblica. In tale contesto è d'obbligo una ulteriore precisazione: l'art. 73 lett. b) è riferito alle ipotesi dei reati nominati di cui all'art. 57 paragrafo 1 e quindi fa riferimento alla sussistenza di provvedimenti di condanna divenuti irrevocabili, fra i quali compare quello per associazione a delinquere di tipo mafioso. La disciplina antimafia di cui al d.lgs. 159/2011 fa riferimento a situazioni più ampie, rivolgendosi infatti l'informazione interdittiva prefettizia anche a situazioni di "fumus" e indizianti<sup>222</sup>.

Di conseguenza, il ragionamento sin qui svolto deve pure considerarsi rientrante nella causa ostantiva di cui alla lett. c) dell'art. 38 del Codice dei contratti, se la condanna in giudicato per tale reato di mafia riguardasse il direttore tecnico, il legale rappresentante, il procuratore speciale o, considerata la novella estensione operata dall'art. 57 della Direttiva 2014/24, un membro del Consiglio di Amministrazione. *Rebus sic stantibus*, l'indicazione ermeneutica che si ricava da siffatta analisi è che l'art. 94 comma 3 d.lgs. 159/2011 contiene una formulazione irragionevole, destinata in parte ad essere abrogata dall'entrata

---

221 Lavori in corso di ultimazione e prestatori di beni o servizi non rinvenibili in tempi stretti.

222 Sia consentito un rimando a quanto già analizzato, in tal senso, nel Cap. III.

in vigore delle nuove Direttive, e in parte ad essere ragionevolmente modificata (*rectius*, espunta) in considerazione del cortocircuito normativo evidenziato. In tal senso non rimane che attendere l'intervento del legislatore nazionale o il 18 aprile 2016<sup>223</sup>: l'art. 94 comma 3 del Codice antimafia, nella sua formulazione attuale, si appresta a salutare la voce "normativa in vigore" dell'ordinamento giuridico nazionale<sup>224</sup>.

---

223 Data di recepimento automatico delle Direttive appalti in caso di mancato intervento del legislatore nazionale.

224 V. CAPUZZA, *i requisiti di ordine generale nelle nuove direttive europee sui contratti pubblici*. Relazione tenuta al Convegno I.G.I. dal titolo *Contratti pubblici: inizia il viaggio all'interno delle direttive* (Roma, 6 maggio 2014).

## Conclusioni

Tanto è stato fatto ma tanto si può ancora fare. L'analisi condotta, oltre a descrivere le dinamiche attraverso le quali si possono verificare delle ingerenze criminali nelle gare ad evidenza pubblica, ha fatto emergere alcuni punti critici dell'attuale impianto normativo in tema di documentazione antimafia sui quali è doveroso soffermarsi. Il tutto nell'ottica di sviluppare riflessioni sul tema, non di porre una pietra tombale negativa sul dibattito. Lo sforzo legislativo dovrebbe, auspicabilmente, essere teso a rendere effettivo il valido impianto di contrasto preventivo riordinato nel libro II del d.lgs. 159/2011, attraverso alcune semplici ma fondamentali correzioni.

In primis, sarebbe auspicabile un processo di decentramento decisionale in ordine a casi e modi nei quali può trovare applicazione il regime della comunicazione e dell'informazione antimafia. Un sistema nel quale le Prefetture si trasformino da semplici utilizzatori finali del sistema a centri propulsori e propositivi, capaci di attingere gli strumenti forniti dal legislatore alla peculiare realtà territoriale di riferimento. In un paese dal DNA notoriamente regionale, pensare di arginare entro rigidi schemi tabellari strumenti di prevenzione così importanti rischia non solo di essere riduttivo, ma addirittura di rendere vano un impianto normativo valido e costruito con dovizia di dettagli. I protocolli bilaterali Prefetture – stazioni appaltanti potrebbero essere un validissimo strumento di prossimità amministrativa, a patto che vengano quantomeno previsti in sede legislativa, al fine di scongiurare possibili pronunce giurisprudenziali demolitorie, come l'esperienza recente insegna.

Altro settore molto delicato, bisognoso di un *corpus* normativo di riferimento, è quello della criminalità economica d'impresa. In particolare, le insidie legate all'utilizzo di particolari forme societarie rendono necessari controlli approfonditi e non analisi meramente formali. Le società sono un pericoloso strumento mediante il quale le persone fisiche possono riuscire ad agire sotto un velo di apparente anonimato, attraverso il noto meccanismo dei prestanome. Lo scopo finale dell'azione di contrasto deve essere l'imputazione della titolarità economica ai soggetti che effettivamente indirizzano e gestiscono le vicende societarie. Non si tratta di controlli a tavolino e nessuna banca dati può rispondere a questa esigenza: il lavoro "sul campo" e l'osservazione dei meccanismi decisionali, specialmente in imprese operanti nel campo dell'edilizia, è fondamentale e

deve avvalersi di una minuziosa supervisione della fase di esecuzione dell'opera pubblica, specie se, come spesso avviene, la stessa prevede l'affidamento in subappalto dei lavori aggiudicati.

Per troppo tempo abbiamo mostrato un'indecisione di fondo nel rispondere a questa domanda: è più importante la realizzazione celere dell'opera ovvero un'aggiudicazione rispettosa delle norme poste a salvaguardia delle gare ad evidenza pubblica? Sembra un quesito banale, eppure l'esperienza legislativa e giurisprudenziale insegna che in troppi casi il meccanismo dei controlli e delle garanzie è stato sacrificato nel nome dell'immediata realizzazione, senza badare a particolari cautele in ottica antimafia. È proprio in questa direzione che è doveroso intervenire, prevedendo, se possibile, la mancata corresponsione dell'importo dovuto in virtù dei lavori eseguiti in caso di accertamenti successivi alla stipula del contratto che rendano evidenti le commistioni criminali nell'impresa che esegue i lavori. Lo Stato non può permettersi il rischio di avere rapporti contrattuali con soggetti nei confronti dei quali è stato creato un robusto impianto preventivo di contrasto. Certo, si tratterebbe di derogare basilari norme civilistiche in tema di obbligazioni assunte, ma gli interessi in gioco sono troppo importanti per non prendere in considerazione una simile ipotesi, anche nell'ottica di scoraggiare gli aspiranti contraenti "in odor di mafia". La certezza dei rapporti giuridici è un principio ineludibile, ma l'ordine pubblico economico lo è altrettanto: al legislatore il compito di bilanciare siffatti pilastri ordinamentali, con l'auspicio che il sistema delle cautele antimafia trovi una completa organicità e non preveda clausole di salvaguardia.

Recidere in maniera netta il legame tra organizzazioni mafiose ed economia pubblica: deve essere questo l'obiettivo di fondo e la sua realizzazione non può prescindere dal contrasto al generale clima di presunta impunità che i casi di cronaca (Expo 2015 e Mose su tutti) ci pongono all'attenzione quotidiana: opere pubbliche oggetto di turpe mercimonio con favori personali, una concezione del bene pubblico pressoché inesistente e un senso civico da recuperare, sono questi i problemi di più stringente attualità. Il contrasto al meccanismo di condizionamento mafioso dovrebbe prevedere delle "task force" interforze specializzate, incardinate in sede di Corte d'Appello, in modo che l'azione di contrasto coordinata dalla competente procura distrettuale possa giovare di un impulso settoriale e altamente specializzato.

Altro fondamentale aspetto da prendere in considerazione è quello della composizione delle commissioni di gara: non si può prescindere dal far svolgere mansioni così delicate, soprattutto in aree territoriali sensibili al condizionamento mafioso, a funzionari pubblici dalla spiccata professionalità e riconosciuta onestà. Dovrebbe essere questo il più importante meccanismo di controllo sulla regolarità delle procedure di gara ad evidenza pubblica, un approccio serio e qualificato che scongiuri possibili commistioni con la criminalità organizzata. Tali commistioni rappresentano un'insidia difficilmente inquadrabile nell'ambito dei fenomeni corruttivi, soprattutto in considerazione dell'attuale formulazione della fattispecie in virtù delle novelle legislative recentemente intervenute. È proprio in questo caso che le fattispecie penali riferite alla turbata libertà degli incanti rappresentano un'occasione applicativa non trascurabile, a patto che i funzionari pubblici deputati al controllo delle procedure denunciino gli episodi sintomatici con tempestività e accuratezza. Sarebbe auspicabile, in tale ambito, l'assicurazione di una tutela generalizzata ed estesa agli abusi perpetrati in tutti i meccanismi selettivi, in modo che venga ampliato il raggio di azione dell'art. 353 c.p., il quale dovrebbe comprendere anche l'ipotesi delle spese in economia, in sintonia con la logica che ha indotto il legislatore, di recente, a non limitare l'area di tutela del nuovo art. 353 bis c.p. solo alle fasi preliminari di una procedura aperta o ristretta. Questo anche sulla scorta del dato fattuale alla stregua del quale la trattativa negoziata (la vecchia trattativa privata) è divenuta nel corso degli anni il sistema maggiormente utilizzato dalle amministrazioni pubbliche, assurgendo a terreno di coltura ideale per gravi arbitri, in ragione degli ampi spazi di manovra riconosciuti in questi ambiti ai pubblici poteri nella scelta del soggetto con cui addivenire alla contrattazione.

La materia degli appalti riflette in maniera emblematica la credibilità, interna ed esterna, del nostro Paese, soprattutto con riferimento alla trasparenza del giuoco concorrenziale, alla compiutezza e buona qualità delle opere realizzate e, quindi, alla correlata effettività della tutela offerta dallo strumento preventivo e sanzionatorio nei confronti del persistente dilagare del malaffare. Per approcciare in maniera credibile la tematica dobbiamo necessariamente fare i conti con alcune verità empiriche: nessuna fase procedurale della contrattazione pubblica, nessun meccanismo di aggiudicazione, nessun segmento procedurale è al riparo dal rischio di un'interferenza arbitraria da parte delle organizzazioni criminali.

La stessa “infiltrazione mafiosa” costituisce in sé un modello radicato di comportamento, persistente grazie al consolidamento di precisi “vincoli formali”, ossia consuetudini e prassi che sostengono (o non inibiscono) il ricorso all’illegalità come strumento accettabile e socialmente giustificabile, ove non addirittura necessario.

E le regole della società a delinquere si adattano plasticamente al mutamento delle regole formali, che se non applicate in maniera ragionata e integrale finiscono per incidere solo superficialmente sulla realtà del fenomeno.

Il quadro che si va delineando con gli interventi legislativi degli ultimi anni ci permette di cogliere alcune linee evolutive che vanno sempre più ad evidenziare come le scelte del legislatore abbiano attinto da *best practices* derivanti da consolidate prassi di contrasto, che hanno approfondito a livello operativo necessità nascenti dal contatto diretto con la realtà delle pubbliche commesse e sviluppato forme di intervento elastiche, in grado di superare le rigidità della normativa vigente. Da un lato si è assistito allo sviluppo delle competenze e potenzialità attribuite al Prefetto, confermandolo al vertice di un potenziato sistema di “intelligence” quale organo di confluenza e di raccordo delle acquisizioni informative provenienti dalle varie articolazioni di cui può disporre. Dall’altro, si è andati a definire con maggior contezza l’ambito soggettivo di intervento nella filiera dei contratti pubblici di lavori e forniture attraverso un ampio processo inclusivo delle varie tipologie contrattuali nel novero di quelle soggette alle verifiche prefettizie, preventive o successive alla stipula del contratto.

Il profilo sovranazionale della materia degli appalti pubblici deve necessariamente trovare un punto d’incontro anche in campo penalistico, al fine di armonizzare un sistema di contrasto che renda maggiormente appetibile il tanto sospirato mercato unico europeo. Una regolamentazione armonizzata di natura civile ed amministrativa è, infatti, da molto tempo perseguita dall’Unione Europea, per la sua importanza strategica nella creazione e nel consolidamento del mercato interno; lo stesso Codice degli appalti è, come si è visto, attuativo di Direttive europee e proprio in virtù di nuove Direttive sta per essere sostituito. La libertà e la parità delle condizioni di accesso deve essere giocoforza garantita a tutte le imprese operanti nel mercato interno, senza discriminazioni o limitazioni basate sulla provenienza nazionale o sulla sede territoriale, in modo che si possa favorire la più ampia competizione e concorrenza economica, al fine di assicurare l’ottima collocazione delle risorse pubbliche.

Gli strumenti di armonizzazione non hanno finora toccato la disciplina penale, anche se seguendo i dettami della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE<sup>225</sup>, si sarebbe potuta sostenere l'esistenza di una competenza "implicita" ad emanare direttive di armonizzazione che toccassero anche il diritto penale degli Stati membri, nella misura in cui il ricorso a tale genere di sanzioni fosse da ritenere indispensabile per raggiungere gli obiettivi indicati nel TUE e nel TFUE. Nel progetto di *Corpus juris* per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari, elaborato per conto della Commissione europea fra il 1996 ed il 1999, di cui sono state recepite alcune indicazioni nel successivo "Libro verde" proposto dalla stessa Commissione nel 2001, compariva quale reato da introdurre al fine di assicurare la tutela penale dei predetti interessi europei la cosiddetta "frode in materia di appalti"<sup>226</sup>. È dunque da auspicare e da attendere un'opera di armonizzazione normativa in materia, che muova dall'Unione europea obbligando i legislatori nazionali alle necessarie riforme.

Una materia trasversale non può che richiedere un approccio trasversale: la normazione civile, penale e amministrativa deve muoversi con necessaria sincronia legislativa, rispondendo a canoni uniformi ma dall'attuazione differenziata. Decentramento amministrativo e uniformità di contrasto a livello penalistico: sono queste le due direttrici ineludibili di una efficace azione di contrasto al malaffare nel mondo delle pubbliche commesse. Essere credibili nell'ambito del mercato europeo è un obbligo che non possiamo permetterci di trascurare, prima di tutto per restituire credibilità ad un sistema economico che in periodo di crisi trova nelle pur modeste risorse pubbliche una delle pochissime possibilità occupazionali.

---

225 Enunciati nella storica sentenza sulla protezione dell'ambiente mediante il diritto penale (13 settembre 2005, causa C- 176/03).

226 Così definita: "Costituisce reato il fatto di presentare, in occasione di una procedura di aggiudicazione retta dal diritto comunitario, un'offerta fondata su un accordo restrittivo della concorrenza e destinato a fare accettare un'offerta determinata da parte dell'autorità competente".

## Bibliografia

- G. Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, III ed., Torino, 2004.
- W. Bigiavi, *L'imprenditore occulto*, 1945.
- P. Masi, *Gruppo Europeo di interesse economico*.
- Commission des communautés européennes, *Geie, l'émergence d'une nouvelle coopération européenne*, Luxembourg, 1993.
- M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1992.
- M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati: le qualifiche soggettive*. Milano, 2008.
- F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2008.
- M. De Luca, *Il reato di astensione dagli incanti*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 1998.
- F. Sgubbi e T. Guerini, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, un primo commento*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).
- S. Cassese, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012.
- D. Anselmi, *Uno sguardo al futuro: le nuove direttive in materia di appalti*.
- L. Giampaolino, *Vecchi problemi e nuovi scenari: le «varianti», il «subappalto», le «misure di prevenzione antimafia», dopo il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito nella legge 11 agosto 2014 n. 114 e alla vigilia del recepimento della direttive numeri 22, 23 e 24 del 2014*.
- A. Albamonte, *Lavori pubblici e legislazione penale*, Milano, 1997.
- Cancrini, Piselli, Capuzza, *Commentario al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Roma 2010.
- S. Ruscica, *Le informazioni prefettizie antimafia: natura e criticità*.
- A. Cisterna, M.V. De Simone, B. Frattasi, S. Gambacurta, *Codice Antimafia*, II ed., 2013.
- F. Calarco, *Appalti pubblici di lavori*, Milano, 2008.
- F. Di Cristina, *L'informazione prefettizia quale presupposto per la revoca dell'aggiudicazione*, in *Il giornale di diritto amministrativo*, 2012, n. 1.
- R. De Nictolis, *Manuale degli appalti pubblici*, Roma, 2008.
- D. Sabatino, *Manuale degli appalti di servizi e forniture*, Roma, 2011.

- S. Cacace, *Tutela antimafia e grandi opere, contenzioso e giurisprudenza*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).
- C. Visconti, *Proposte per recidere il nodo mafie-imprese*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).
- V. Capuzza, *I requisiti di ordine generale nelle nuove direttive europee sui contratti pubblici*. Relazione tenuta al Convegno I.G.I. dal titolo *Contratti pubblici: inizia il viaggio all'interno delle direttive*. Roma, 6 maggio 2014.
- C. Maggiore, *I bonds nel settore degli appalti: riflessioni e insegnamenti ricavabili dall'esperienza statunitense*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* n. 4, Ottobre-Dicembre 1989.