



ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DI BOLOGNA



AGENZIA DELLE ENTRATE: LA SELEZIONE CAMBIA VOLTO

DI ANITA PEZZETTI – SVILUPPO E VALORIZZAZIONE RISORSE UMANE

EDITORIALE

Dal 2002 l'Agenzia delle Entrate utilizza, con successo, forme di lavoro flessibile con cui riesce a fronteggiare le esigenze organizzative connesse all'istituzione di nuove strutture e al poten-

ziamento di quelle preesistenti. Le nuove modalità di selezione utilizzate, il tirocinio teorico-pratico e il contratto di formazione-lavoro, fondate sul principio della valutazione dei candidati direttamente sul posto di lavoro, sono volte alla verifica non solo delle conoscenze teoriche dei candidati, come avviene nelle procedure tradizionali, ma anche della loro capacità di metterle in pratica. Si afferma in tal modo il primato del "saper fare" e del "saper essere" sul "sapere" limitato all'astratta conoscenza nozionistica.

Il tirocinio teorico-pratico, retribuito, della durata di 8 - 12 mesi, consente di verificare, nelle concrete situazioni di lavoro, non solo le abilità del candidato ad applicare le proprie conoscenze alla soluzione di problemi operativi, ma anche le capacità relazionali e i comportamenti organizzativi. Questo periodo applicativo ha caratteristiche selettive e costituisce l'ultima fase della procedura concorsuale. Ad oggi l'Agenzia attraverso cinque procedure selettive ha assunto, a tempo indeterminato, circa 2000 funzionari laureati con diverse professionalità: amministrativo-tributari, informatici, per attività di internal auditing e di controllo di gestione.

Il contratto di formazione lavoro, della durata di 24 mesi, è una particolare forma di contratto, a causa mista, in cui allo scambio tra lavoro e retribuzione si aggiunge l'obbligo formativo a carico del datore di lavoro. E' diretto a giovani laureati di età

inferiore a 32 anni che, attraverso l'attuazione di uno specifico progetto formativo, acquisiscono la professionalità necessaria per poter svolgere con la massima efficienza l'attività richiesta dall'organizzazione in cui sono inseriti. L'Agenzia ha previsto e concordato con il Ministero del Lavoro percorsi formativi teorico-pratici di 640 ore differenziati a seconda delle attività da svolgere: amministrativo-tributaria, statistica, gestione degli archivi documentali, sicurezza ICT, audit interno e sviluppo risorse umane. Con questa procedura, ad oggi, sono stati assunti più di 1300 funzionari ed altre procedure simili sono in corso. La legge prevede inoltre la possibilità di trasformare i CFL in rapporti a tempo indeterminato per almeno il 60% dei lavoratori. Vari sono gli attori coinvolti in questi processi di selezione: l'Ufficio assunzioni della Direzione Centrale del Personale che progetta il sistema di selezione e di valutazione e coordina le attività che vengono svolte a livello locale dalle Direzioni regionali; una rete di referenti regionali che gestisce il percorso formativo teorico-pratico a livello locale; i Tutor (circa 200 a livello nazionale) che seguono e rilevano le attività svolte dai candidati e delle loro competenze; un Nucleo di esperti che forma i Tutor e i Valutatori sul sistema e sugli strumenti di valutazione.

Il ricorso a queste nuove forme contrattuali flessibili ha consentito all'Agenzia di

(Segue a pag. 12)

SOMMARIO

Editoriale

di Anita Pezzetti
Agenzia delle Entrate:
la selezione cambia volto pag. 1

D'attualità

di Adolfo Barbieri
Come è stato operativamente
risolto il caso Parmalat pag. 2

di Claudio Pezzi
e Nicola Lugaesi
Profili privatistici e pubblicistici
del project financing (2) pag. 5

di Angela Benfenati
La conciliazione stragiudiziale:
profili generali e particolari alla luce
dei recenti provvedimenti di definizione
dei procedimenti in materia
di diritto societario pag. 10

L'angolo del tribunale

di Maria Cristina Ceserani
Formazione dello stato passivo:
recenti orientamenti
del tribunale di Bologna pag. 13

Lettere al Direttore pag. 14

COME È STATO OPERATIVAMENTE RISOLTO IL CASO PARMALAT

DI ADOLFO BARBIERI – DOTTORE COMMERCIALISTA

D'ATTUALITÀ

Secondo quanto previsto dal Programma di ristrutturazione approvato dal Ministro delle Attività Produttive è stata presentata dal commissario Bondi istanza di un unico concordato per 16 società facenti parte del gruppo. La determinazione del perimetro delle società coinvolte nella proposta di concordato (si legge nel programma) è avvenuta escludendo alcune società, ritenute non strategiche o non strumentali (per la società Parma Calcio è prevista la cessione).

Obiettivi del concordato

Gli obiettivi del concordato indicati nel programma di ristrutturazione risultano i seguenti:

- consentire la prosecuzione dell'attività di impresa del *core business* ed incrementare il valore dei complessi produttivi capaci di generare reddito;
- riservare il beneficio riveniente dalla continuazione dell'attività e dal conseguente atteso aumento di valore ai creditori chirografari delle società oggetto del concordato.

Sintesi della proposta di concordato

- La proposta di concordato prevede:
- il soddisfacimento al 100% - mediante pagamento in denaro - dei debiti prededucibili e privilegiati delle società coinvolte nel concordato;
 - il soddisfacimento parziale dei crediti chirografari mediante assegnazione di azioni (e warrant) dell'assuntore. Nella distribuzione delle azioni dell'assuntore verranno pertanto determinate percentuali differenziate per i creditori chirografari di ciascuna delle società oggetto di concordato, determinate prendendo a riferimento il rapporto tra massa attiva e massa passiva di ciascuna società debitrice. L'eccedenza del passivo sull'attivo costituirà la falcidia che i creditori dovranno subire;
 - la cessione all'assuntore di tutte le attività delle società oggetto di concordato e delle passività ridotte della falcidia concordataria (queste ultime per entità, quindi, equivalenti alle rispettive attività).

Struttura attuativa del concordato

- I) Il commissario straordinario, previamente autorizzato dal Ministro delle Attività Produttive, procede alla costituzione di una Fondazione

denominata Fondazione Creditori Parmalat - di cui assume la presidenza e legale rappresentanza - con l'unico scopo di:

- sottoscrivere, per conto e nell'interesse dei creditori, il capitale sociale della società assuntore del concordato;
- distribuire le azioni ed i warrant (relativi al capitale sociale sottoscritto) ai creditori che ne abbiano diritto.

Il patrimonio di dotazione iniziale pari ad € 200.000,00 istituito con fondi della amministrazione straordinaria, risulta imputato come costo alle società interessate al concordato, pro-quota in proporzione alle rispettive masse attive. Realizzato il proprio scopo, la Fondazione si scioglierà ed eventuali beni che residuino, esaurita la liquidazione, saranno devoluti all'assuntore.

- II) Successivamente la Fondazione costituisce (o acquista), in qualità di unico socio, una nuova società nella forma di SPA di diritto italiano con capitale sociale di € 120.000 denominata Parmalat SPA che assume la veste di assuntore del concordato.

L'oggetto sociale consente l'esercizio di tutte le attività riferibili alle società oggetto di concordato.

Presidente del C.d.A. e legale rappresentante, con tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, è il commissario straordinario.

- III) L'assuntore preordina un aumento del proprio capitale sociale sulla base di una situazione patrimoniale al cui attivo concorrono, con altre poste (importi dei crediti prededucibili, privilegiati ecc.) i valori corrispondenti alle attività trasferite all'assuntore in forza del concordato, individuati sulla base di stime peritali.

- IV) Dopo l'approvazione del concordato l'assuntore è tenuto ad effettuare il preordinato aumento di capitale sociale a pagamento. I creditori chirografari nel frattempo conferiscono alla Fondazione mandato irrevocabile, a titolo gratuito, alla sottoscrizione integrale di tale aumento di capitale, per l'intero importo dell'aumento, autorizzando la Fondazione a disporre dei loro crediti verso l'assuntore, come ridotti dalla falcidia concordataria, al fine di estinguerli per compensazione con il debito da sottoscrizione dell'aumento di capitale.

- V) L'aumento di capitale, deliberato nell'assemblea dell'assuntore dalla Fondazione, sarà da quest'ultima interamente e contestualmente sottoscritto per conto dei creditori chirografari ammessi (con la stessa deliberazione la Fondazione delibererà però un ulteriore aumento di capitale, aperto e scindibile, con rinuncia al diritto di opzione, per far fronte alle ammissioni successive dei crediti condizionali e contestati).

I recovery ratios

Rappresentano, in termini percentuali, il rapporto tra massa attiva e massa passiva di ciascuna società coinvolta nel concordato.

Sulla base di tale rapporto viene individuato il numero di azioni dell'assuntore che dovrà essere assegnato a ciascun creditore chirografario di ciascuna società oggetto di concordato.

I rapporti inferiori a 100 indicano altresì (per differenza) l'entità della falcidia concordataria che i creditori di ciascuna società dovranno subire.

La falcidia concordataria

Pur nell'ambito della medesima categoria (quella dei creditori chirografari) la falcidia incide in modo differenziato tra i creditori di società diverse. Il che equivale ad affermare che viene consentito un trattamento differenziato fra i creditori chirografari del medesimo concordato.

Ciò è reso possibile per la particolare struttura del concordato Parmalat ed è reso legittimo dalle modificazioni legislative introdotte *ad hoc* con i recentissimi provvedimenti integrativi.

Evoluzione della Legislazione sulle procedure concorsuali.

La legge Marzano

Fino a che non è scoppiato il caso Parmalat per la gestione della crisi delle grandi imprese in stato di insolvenza l'ordinamento offriva solo i rimedi previsti dal D.Lgs. 8 luglio 1999 n. 270 che aveva sostituito la L. 3 aprile 1979 n.95 (cosiddetta legge Prodi, imputata in sede di UE di consentire la realizzazione di impropri aiuti di Stato a favore delle imprese nazionali).

Le urgenze di intervento e le complicazioni economico/giuridiche emerse con la insolvenza del gruppo Parmalat hanno portato all'introduzione nell'ordi-

namento di un provvedimento legislativo di urgenza: il D.L. 23 dicembre 2003 n.347 (G.U. 24/12/03 n. 298) cosiddetta Legge Marzano, dal nome del Ministro delle Attività Produttive in carica che l'ha promosso di concerto con il Ministro della Giustizia Castelli e delle Politiche Agricole e Forestali Alemanno.

Si legge nella relazione illustrativa del

decreto: "Lo scopo della nuova normativa è quello di consentire un più rapido avvio e uno svolgimento accelerato delle procedure di gestione dello stato di insolvenza, garantendo la efficace e razionale ristrutturazione dell'impresa e del gruppo in cui essa è inserita" in quanto "... l'attuale disciplina contenuta nel decreto legislativo 270/1999 non risulta adeguata,

sia per la complessità delle fasi previste, sia per la caratterizzazione prevalentemente liquidatoria della procedura".

Che questa legge sia stata pensata e modellata sul caso Parmalat è cosa certa: lo dimostrano le numerose modifiche introdotte in sede di conversione del decreto originario⁽¹⁾ (in gran parte promosse su sollecitazione del commissario straordinario) nonché le ulteriori modifiche introdotte con successivo provvedimento d'urgenza (D.L. 3 maggio 2004 n.119 convertito in legge 5 luglio 2004 n.166) che ha portato alla formulazione di un nuovo articolo (il 4 bis) concernente particolari modifiche al concordato.

La legge in esame ha da ultimo subito una ulteriore modificazione, questa volta però dettata da esigenze diverse: la crisi del gruppo Volare.

Per renderla applicabile alla nuova fattispecie emergente si presentava la necessità di ridurre i parametri di accesso⁽²⁾. Ciò è stato realizzato con D.L. 26 novembre 2004 n. 281 (G.U. n.280 del 29/11/2004) - ancora in fase di conversione.

Anche questa modifica, indirettamente, conferma che in argomento (crisi dei grandi gruppi) si è in presenza di una legislazione - *ad hoc* -.

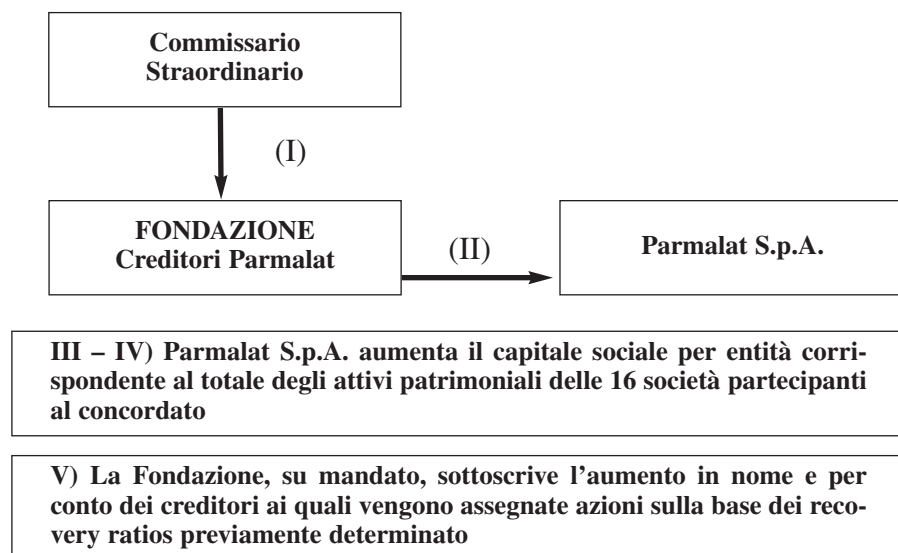
In questa sede tuttavia non interessa formulare considerazioni di politica legislativa, bensì interessa tentare alcune considerazioni sull'introduzione, in particolare, della norma che riguarda il concordato anche perché, come tra breve sarà segnalato, il Governo ha da alcuni giorni⁽³⁾ proposto di introdurre una norma dai contenuti praticamente identici nel maxi emendamento al disegno di legge attualmente in discussione al Senato n. 1243 concernente modifiche urgenti al R.D. 16 marzo 1942 n.267 (disciplina del fallimento).

In tema di concordato la normativa prevede, ma questa non è una novità rispetto al passato, che il commissario straordinario debba presentare al Ministro delle Attività Produttive per l'approvazione, il programma di ristrutturazione ponendo particolare attenzione - e questa invece è una novità - alla posizione dei piccoli risparmiatori, persone fisiche, che abbiano investito in obbligazioni emesse o garantite dall'impresa in amministrazione straordinaria.

Il programma di ristrutturazione può prevedere la soddisfazione dei creditori attraverso un concordato. La norma prevede che:

- 1) la proposta di concordato possa essere unica per più società del gruppo (anche se non tutte) sottoposte a procedura di amministrazione straordinaria ferma restando l'auto-

RAPPRESENTAZIONE SCHEMATICA DEL DISEGNO CONCORDATARIO.



Esempio numerico semplificato (senza alcun riferimento ai valori effettivi)

SOCIETA'	ATTIVO	PASSIVO	RECOVERY RATIOS	FALCIDIA
1	90	3250	2.7	-3160
2	110	3013	3.6	-2903
3	27	15	100	12
4	13	102	12.7	-89
5	45	66	68.1	-21
6	102	100	100	2
7	70	112	62.5	-42
8	110	816	13.4	-706
9	12	20	60.0	-8
10	22	25	88.0	-3
11	54	163	33.1	-109
12	63	212	29.7	-149
13	71	487	14.5	-416
14	12	18	100	-6
15	8	15	100	-7
16	3	6	100	-3
	812	8420		-7608

Utilizzando i dati dell'esempio qui riportato:

III - IV) Parmalat S.p.A. delibera aumento di capitale sociale pari a 812

V) La Fondazione lo sottoscrive integralmente in nome e per conto dei creditori delle 16 società in misura differenziata in relazione ai rispettivi recovery ratios (per esempio il creditore di 10.000 della società 1 riceverà azioni in ragione del 2,7 % del suo credito ammesso al passivo e cioè per 270, il creditore della società 6 in ragione del 100% cioè 10.000, il creditore della società 11 in ragione del 33,1 % cioè per 3.310 ecc.).

⁽¹⁾ Legge di conversione 18/02/2004 - G.U. n.42 del 20/02/2004

⁽²⁾ Da 1000 a 500 dipendenti, da 1 miliardo a 300 milioni di euro i debiti

⁽³⁾ Consiglio dei Ministri del 23/12/04

- nomia delle rispettive masse attive e passive (da cui può discendere un trattamento differenziato, pur all'interno della stessa classe di creditori, a seconda delle condizioni patrimoniali di ogni singola società cui la proposta di concordato si riferisce);
- 2) sia possibile suddividere i creditori in classi secondo la posizione giuridica ed interessi economici omogenei (previa valutazione di correttezza della loro formazione da parte del Ministero delle Attività Produttive);
 - 3) sia possibile prevedere trattamenti differenziati fra i creditori appartenenti a classi diverse;
 - 4) possa realizzarsi la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma tecnica inclusa la attribuzione ai creditori stessi, o ad alcune categorie di essi, nonché a società da questi partecipate, di azioni o quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito;
 - 5) sia possibile per il commissario straordinario costituire società ad hoc i cui titoli azionari siano destinati ad essere attribuiti ai creditori per effetto del concordato;
 - 6) possano essere trasferite all'assuntore, con patto espresso, le azioni revocatorie, recuperatorie e risarcitorie (incluse le azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali) promosse dal commissario straordinario fino alla data di pubblicazione della sentenza di approvazione del concordato.
- Il concordato approvato dai creditori con la doppia maggioranza (riferita sia al numero dei creditori sia all'importo dei crediti) provoca la sentenza provvisoriamente esecutiva da parte del tribunale competente.

Le ultime proposte di modifica alla legge fallimentare

Il Consiglio dei Ministri del 23 dicembre 2004 ha approvato un testo di modifica all'Atto Senato 1243 (modifiche urgenti al R.D. 16 marzo 1942 n.267 recante disciplina del fallimento).

Il provvedimento contraddistinto come Atto Senato 1243 - cosiddetta *mini-riforma* per gli addetti ai lavori - avrebbe dovuto entrare in vigore subito con l'intento di adeguare la normativa ai dettati costituzionali nel frattempo intervenuti nonché alle nuove esigenze manifestate dalla prassi e confermate dalla giurisprudenza di merito e di legittimità.

Il provvedimento, presentato come disegno di legge il 14 marzo 2002 dal Ministro della Giustizia, è tuttora in discussione al Senato.

Ora questo provvedimento viene in gran parte emendato con la previsione di ulteriori modifiche alla legge fallimentare, di portata più ampia rispetto a quelle originariamente proposte.

Tra queste *nuove* modifiche vi sono

appunto quelle che riguardano il *concordato fallimentare* ed il *concordato preventivo*, modellate sulla base delle disposizioni introdotte per la procedura di amministrazione straordinaria.

Concordato fallimentare

Il nuovo concordato fallimentare dovrebbe trovare collocazione all'interno del *programma di liquidazione* che il curatore, entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario, dovrebbe predisporre e sottoporre per l'approvazione al comitato dei creditori e per la autorizzazione al giudice delegato (modifica all'art.104 L.F.).

La proposta di concordato può essere presentata, oltre che dal debitore, anche da un terzo e può prevedere:

la suddivisione dei creditori in classi, secondo la posizione giuridica ed interessi economici omogenei;

trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicando le ragioni dei trattamenti differenziati dei medesimi.

Se la proposta è presentata da un terzo può essere prevista la cessione - oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare - anche delle azioni di pertinenza della massa, previa autorizzazione del giudice delegato (modifica all'art.124 L.F.).

Per quanto attiene le maggioranze richieste per l'approvazione del concordato viene proposta la medesima formula utilizzata per la procedura di amministrazione straordinaria e cioè viene richiesto il *voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto (art.128 L.F.)*.

Quando sono previste diverse classi di creditori, se risulta raggiunta la maggioranza complessiva di cui sopra, il Tribunale può approvare il concordato nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili (art.129L.F.)

Concordato preventivo

Anche il concordato preventivo secondo le modifiche proposte trova la sua realizzazione all'interno di un *piano* che l'imprenditore *in stato di crisi* deve predisporre ed allegare all'istanza diretta al tribunale unitamente alla relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

Secondo le modifiche proposte i professionisti abilitati a redigere la relazione di cui sopra sono gli stessi abilitati a ricoprire il ruolo di curatore fallimentare e commissario giudiziale e cioè: avvocati, dottori commercialisti, esperti contabili o coloro che abbiano comprovate capacità di gestione imprenditoriale (con riferimento a questa ultima

categoria desta non poco stupore l'inclusione fra i possibili nominabili a curatore o a commissario giudiziale di una figura priva di riconosciuta qualificazione professionale: un conto è valutare la fattibilità di un piano industriale un conto diverso è ricoprire il ruolo di pubblico ufficiale di curatore fallimentare o commissario giudiziale: è pertanto auspicabile e legittimo attendersi un intervento a livello nazionale a tutela della categoria!).

Secondo le modifiche proposte all'art.160 L.F. il piano può prevedere:

la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori o a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito;

l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura con attribuzione ai creditori delle azioni per effetto del concordato;

la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei;

trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

Anche nel concordato preventivo (come in quello fallimentare) la valutazione della correttezza della formazione delle classi è riservata al tribunale.

Per l'approvazione del concordato sono richieste le medesime maggioranze previste per il concordato fallimentare.

Conclusioni

Molte altre le novità previste da questo recentissimo maxi-emendamento tra le quali spicca la proposta di introduzione della regolamentazione degli *accordi di ristrutturazione dei debiti* (concordato stragiudiziale per la prassi). Ma non è questa la sede per esaminarne i contenuti, avendo qui voluto richiamare solo la parte relativa al concordato per segnalare come la fonte legislativa utilizzata per i grandi gruppi in crisi contenga elementi ritenuti comuni ad altre procedure e quindi trasferibili in situazioni di crisi che coinvolgono imprese anche di più modeste dimensioni.

Non va sottaciuto come il problema della formazione delle diverse classi di creditori, in un contesto di piena vigenza dell'articolata normativa sui privilegi, debba trovare una più specifica regolamentazione (anche a livello di esperienze e di prassi), necessaria ad indirizzare i tribunali chiamati alle conseguenti autorizzazioni oltreché a garantire, in ogni caso, trasparenza di operato ed equanimità di giudizio.

PROFILI PRIVATISTICI E PUBBLICISTICI DEL PROJECT FINANCING

Seconda parte

DI CLAUDIO PEZZI - AVVOCATO

E NICOLA LUGARESÌ - PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

PRESSO LA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI TRENTO

D'ATTUALITÀ

INDICE: 1. Project financing: caratteri generali; 2. Profili civilistici 3. La società di progetto; 4. Emissione di obbligazioni; 5. Il subentro; 6. Il privilegio sui crediti; 7. Project financing e lavori pubblici; 8. Aspetti procedurali: programmazione e procedure concorrenziali; 9. Project financing e concessione: ulteriori profili applicativi; 10. Proposte di riforma tra incentivazione e garanzie. Il project financing per le infrastrutture e gli insediamenti produttivi strategici.

(La prima parte, par. da 1 a 5, è stata pubblicata sul n. 6/2004 della Rivista)

6. Il privilegio sui crediti

La norma dell'art. 37 *nonies* completa la serie di disposizioni introdotte dalla Merloni dedicate al *project financing*, introducendo a favore dei crediti vantati dai finanziatori di opere pubbliche un privilegio generale ex art. 2745 ss. cod. civ. su tutti i beni mobili del concessionario.

In realtà, tale garanzia si aggiunge a quella di cui i finanziatori godono in forza del secondo comma dell'art. 37 *septies* nell'ipotesi di risoluzione per inadempimento del concedente (cioè dell'Amministrazione), ovvero nell'ipotesi in cui quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse. Le somme oggetto del rimborso al concessionario sono infatti dalla norma "destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e sono indisponibili da parte di quest'ultimo fino al completo soddisfacimento di detti crediti", con ciò escludendo sulle medesime gli effetti della concorsualità.

Circa l'ambito soggettivo del privilegio introdotto dall'art. 37 *nonies*, il privilegio è limitato ai "soggetti che finanziano"; di conseguenza, per gli altri creditori che entrano in rapporto con il concessionario, varranno i tradizionali privilegi generali o speciali.

Un accenno merita la forma del privilegio generale ed il relativo regime di pubblicità previsto dalla norma in esame: in primo luogo "il privilegio, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto" nel quale devono poi essere

ginari dei crediti, il debitore, l'ammontare in linea capitale del finanziamento o della linea di credito, nonché gli elementi che costituiscono il finanziamento". Pare ragionevole ritenere che la forma scritta pure richiesta *ad substantiam*, non incida sulla valida costituzione del privilegio, trattandosi di privilegio non avente natura convenzionale ma che si costituisce *ex lege* all'atto dell'erogazione del credito.

Il comma 3 della norma in esame subordina l'opponibilità ai terzi del privilegio alla trascrizione nel registro tenuto dal tribunale ex art. 1524 secondo comma cod. civ. dell'atto dal quale risulta il privilegio. Si tratta di un'ipotesi di pubblicità meramente dichiarativa, la cui funzione è l'opponibilità ai terzi del privilegio e non già di pubblicità costitutiva in quanto, come si è detto, il privilegio sorge all'atto dell'erogazione del credito.

7. Project financing e lavori pubblici

Il *project financing* ha rappresentato, almeno nelle dichiarazioni del legislatore, una delle novità fondamentali della legge "Merloni-ter" (legge n.415/1998, che ha modificato la legge n.109/1994, legge "Merloni"). Di fatto, l'applicazione dell'istituto al settore degli appalti pubblici di lavori ha determinato la nascita di un differente meccanismo complesso, che può definirsi solo impropriamente come *project financing*, in rapporto di specie a genere sia con la figura conosciuta nel diritto privato che con l'istituto pubblicistico della concessione di costruzione e gestione. Nonostante ciò l'istituto delineato dagli artt.37-*bis* e seguenti della legge Merloni, è definito comunemente come *project financing*, sia per ragioni lessicali, essendo la dizione inglese più concisa e penetrante, che per ragioni "propagandistiche", tese a sottolineare la modernità dell'istituto e la sua rottura con gli schemi del passato, rottura che in effetti non si è verificata. Contribuisce a questa imprecisione definitoria l'assenza di una normativa comunitaria di riferimento, dato che le disposizioni europee sui lavori pubblici non intervengono in modo specifico sui profili relativi al *project financing*, il che può porre dei problemi di compatibilità con il diritto

comunitario nel settore.

Nella prima applicazione della nuova figura di concessione di costruzione e gestione, i settori maggiormente interessati sono stati quelli dei trasporti (autostrade, ferrovie, ponti, aeroporti, parcheggi, metropolitane), delle comunicazioni (reti di telecomunicazioni), dell'energia (reti di distribuzione, impianti di produzione), ma vi sono stati interventi anche in altri settori (impianti sportivi, impianti turistici, opere idriche). Gli interventi comprendono sia opere particolarmente complesse (si pensi all'ipotesi della eventuale realizzazione del ponte sullo stretto di Messina), che opere semplici, a cura di amministrazioni locali. L'aspetto qualificante non è dato dalla difficoltà tecnica (come dovrebbe essere per l'appalto concorso), ma dal coinvolgimento anticipato del privato e dalla riduzione (se non eliminazione) dei finanziamenti pubblici.

Ora, se non è la prima volta che istituti privatistici vengono adattati a fini di utilizzazione in ambiti pubblicistici, non si può nascondere come il *project financing* nella realizzazione di opere pubbliche abbia perso alcune delle caratteristiche distintive dello stesso. E' per questi motivi che si ritiene più corretto definire l'istituto creato dagli artt.37-*bis* e seguenti della legge n.109/1994 come concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche con promotore che invece, *tout court*, come *project financing* nei lavori pubblici. In ogni caso, l'obiettivo della legge Merloni nel momento in cui introduceva la figura del promotore nel quadro già complesso della precedente legislazione di riforma dei lavori pubblici, era quello di convogliare iniziative, capitali e conoscenze tecniche dei privati verso il settore delle opere pubbliche. Si trattava, da un lato, di un'esigenza di carattere tecnico, e dall'altro, di carattere finanziario. Non a caso, il *project financing* può essere definito, in prima approssimazione e in via generale, come una tecnica di finanziamento per la realizzazione di opere (private, ma anche pubbliche, specialmente a livello internazionale) che siano suscettibili, nel tempo, di autofinanziarsi attraverso la gestione delle stesse, e di restituire pertanto ai promotori quanto speso, riconoscendo inoltre ad essi un adeguato guadagno.

Definito sommariamente sotto il profilo privatistico-commerciale come meccanismo di finanziamento complesso, sotto il profilo pubblicistico, applicato al settore dei lavori pubblici, si potrebbe sostenere che si tratti dell'applicazione di un meccanismo di origine privatistica finalizzato ad un coinvolgimento sensibile del privato nell'intera procedura che porta alla realizzazione di opere pubbliche che siano suscettibili di una gestione economicamente conveniente. Il coinvolgimento dei privati al di là dello schema contrattuale tradizionale (realizzazione materiale di un'opera già definita progettualmente verso la corresponsione di un prezzo) non è certamente nuovo nel nostro ordinamento. L'elemento di novità del *project financing* è dato dal coinvolgimento del privato nella fase di iniziativa e di individuazione di scelte che, altrimenti, sarebbero state riservate alla pubblica amministrazione. Sta di fatto che, potenzialmente, il *project financing* può consentire l'intervento del privato in un momento anteriore a quello in cui era generalmente consentito, e far sì che ci possa essere una valutazione da parte dello stesso non solo di esigenze di carattere imprenditoriale, finalizzate ad una riuscita economica dell'iniziativa, ma anche di interessi pubblici. Ovviamente, le iniziative del privato dovranno essere filtrate dalla pubblica amministrazione, sia in senso assoluto, verificando l'effettiva sussistenza dell'interesse della collettività, che in senso relativo, verificando se l'intervento proposto sia quello che meglio può rispondere all'interesse in oggetto, che in senso comparativo, confrontando le diverse proposte in relazione al singolo intervento.

Il problema diventa ora quello di vedere se, e come, la normativa sui lavori pubblici abbia accolto, recepito, modificato e limitato le caratteristiche e le potenzialità del *project financing*, e quali siano i profili e le problematiche fondamentali del nuovo istituto, al di là della terminologia utilizzata, e con particolare riferimento ai meccanismi di scelta del promotore prima, e del concessionario poi.

8. Aspetti procedurali: programmazione e procedure concorrenziali

8.1. La programmazione: programma triennale e aggiornamenti annuali

Il procedimento della concessione di costruzione e gestione con promotore si sviluppa attraverso diverse fasi, che per certi versi riprendono analoghe fasi della concessione di costruzione e gestione "pura" e per altri se ne discostano sensibilmente. Il procedimento, per i singoli interventi, si apre con l'inserimento degli stessi nel programma triennale di

cui all'art.14 della legge n.109/1994. Il programma triennale, conforme a schemi-tipo predisposti in funzione di uniformità, e di ausilio per le pubbliche amministrazioni (art.14, comma 11, l. n.109), è tenuto a rispettare i documenti programmatori e la normativa urbanistica (art.14, comma 1, l. n.109), ed è reso flessibile dalla possibilità di aggiornamenti annuali a scorrimento.

Il programma triennale, di competenza dell'amministrazione appaltante (concedente), è finalizzato ad individuare bisogni e priorità degli interventi infrastrutturali pubblici. La preferenza per gli interventi per i quali è possibile un finanziamento privato maggioritario, vale a dire quelli attuabili attraverso concessione di costruzione e gestione, tanto "pura", che "con promotore", è espressa tanto in riferimento ai bisogni che dirigono la redazione del programma triennale (art.14, comma 2, l. n.109), quanto in relazione all'ordine di priorità, nell'ambito delle singole categorie di lavori (art.14, comma 3, l. n.109), ma è comunque di competenza esclusiva dell'amministrazione. Per quanto concerne le priorità, è logico che sia la pubblica amministrazione a definire, in via comparativa, quali siano gli interessi prevalenti e quali siano i tempi più opportuni. La pubblica amministrazione, attraverso la programmazione triennale, individua i lavori da realizzare in relazione sia ai bisogni che alle considerazioni economiche, definisce le caratteristiche dei lavori, e considera l'impatto complessivo degli effetti sulla collettività. Per quanto concerne i bisogni, poteva essere peraltro previsto un ruolo più sensibile da parte dei promotori, che se hanno comunque interesse a "spingere" il proprio progetto (ragione ulteriore per la quale l'individuazione delle priorità è riservata alla pubblica amministrazione), possono d'altra parte individuare non solo bisogni collettivi, ma anche modi di perseguirli innovativi. Il promotore si limita invece a individuare quali, tra gli interventi inseriti nella programmazione, siano suscettibili di una gestione economica che garantisca copertura delle spese e guadagni adeguati, e per i quali vi sia, pertanto un interesse a partecipare alle procedure concorrenziali. L'approvazione della legge n. 166/2002 sembra avere potenziato il ruolo dei privati nella fase della programmazione, attraverso una modificazione del testo dell'art. 37-bis, comma 2, della l. n. 109. La norma prevede ora che i soggetti pubblici e privati possano presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito della fase di programmazione di cui all'articolo 14, proposte d'intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e studi di fattibilità. L'articolo in commento precisa che la presentazione di proposte non

determina, in capo alle amministrazioni, alcun obbligo di esame e valutazione e che l'eventuale adozione delle proposte non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti.

La l. n. 166/2002 ha inoltre introdotto un articolato sistema di pubblicità prevedendo che entro venti giorni dalla avvenuta redazione dei programmi, le amministrazioni aggiudicatrici rendano pubblica la presenza negli stessi programmi di interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica, pubblicando un avviso indicativo, mediante affissione presso la propria sede per almeno sessanta giorni consecutivi, nonché mediante inserimento dello stesso avviso su un apposito sito informatico. L'avviso è trasmesso all'Osservatorio dei lavori pubblici che ne dà pubblicità (art. 37-bis, comma 2-bis, della l. n. 109, introdotto dall'art. 7, l. n. 166/2002).

8.2. Il confronto tra aspiranti promotori: individuazione del progetto

Il profilo più delicato, e controverso, dell'intera procedura riguarda i confronti concorrenziali che si susseguono nella disciplina individuata dalla legge Merloni. Possono infatti risultare necessarie tre procedure per aggiudicare la concessione di costruzione e gestione con promotore: la valutazione, anche comparativa, delle proposte presentate dagli aspiranti promotori, la "gara" (di fatto una licitazione privata) tra gli aspiranti concessionari non promotori, ed infine la procedura negoziata (trattativa privata) tra il miglior promotore ed i due migliori non promotori.

Il primo confronto concorrenziale avviene tra i soggetti, aspiranti promotori, che abbiano presentato una proposta, coerente con la programmazione triennale, entro il 30 giugno di ogni anno. Nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte, è previsto un secondo ed eventuale termine al 31 dicembre di ogni anno (art. 37-bis, comma 1, l. n. 109, come modificato dall'art. 7, l. n. 166/2002). Entro quindici giorni dalla ricezione delle proposte, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono alla nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento, nonché alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione (art. 37-bis, comma 2-ter, l. n. 109, introdotto dall'art. 7, l. n. 166/2002).

La pubblica amministrazione concedente, per compiere la scelta del progetto e quindi la scelta del promotore, compie un esame di fattibilità e una verifica della sussistenza del pubblico interesse (che in effetti è già sostanzialmente anticipata al momento della programmazio-

ne triennale o degli aggiornamenti annuali). La valutazione della pubblica amministrazione è pertanto prevalentemente di natura tecnica, ed ha ad oggetto i progetti, anche se non si può escludere che vi sia l'esercizio di discrezionalità amministrativa qualora uno o più dei progetti abbiano compiuto delle scelte innovative, destinate ad incidere non solo sull'opera, ma anche sulla successiva estensione, sulle modalità, e sulle caratteristiche della gestione del servizio. La pronuncia delle amministrazioni aggiudicatrici deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore. Ove necessario, il responsabile del procedimento può concordare con il promotore un più lungo programma di esame e valutazione (art. 37-ter, l. n. 109, come modificato dall'art. 7, l. n. 166/2002).

In relazione a questa fase, destinata a scegliere i promotori (o meglio, il progetto), si nota come gli aspiranti promotori siano in una posizione estremamente aleatoria, nel senso che, mentre il promotore prescelto, anche se non risulterà aggiudicatario, potrà comunque rientrare delle spese sostenute per la predisposizione del progetto, gli altri aspiranti promotori non avranno alcun ristoro patrimoniale. Se è vero che ciò rientra nella normalità della partecipazione a procedure di scelta negli appalti pubblici, è anche vero, come si vedrà, che la situazione di soggetti non promotori, che si inseriscono successivamente nella vicenda, e che possono anche non compiere alcuno sforzo progettuale, è sostanzialmente più favorevole.

8.3. La gara tra aspiranti concessionari: individuazione dei concorrenti

In ogni caso, la pubblica amministrazione, qualora ritenga che sussista una qualità minima dei progetti presentati, dovrà indire entro tre mesi dalla valutazione compiuta ai sensi dell'articolo 37-ter, una gara, basata sul progetto ritenuto migliore, destinata ad altri aspiranti concessionari, gara che costituisce il secondo passo verso l'aggiudicazione definitiva (art. 37-*quater*, comma 1, l. n. 109, come modificato dall'art. 7, l. n. 166/2002).

La seconda procedura concorrenziale si qualifica pertanto come una licitazione privata (anche se la legge Merloni non la nomina espressamente come tale), svolta attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il cui obiettivo non è l'aggiudicazione della concessione, ma invece la scelta dei partecipanti alla procedura negoziata conclusiva. La nuova formulazione dell'art. 37-*quater*, comma 1 lett. a), l. n. 109 (come modificato dall'art. 7, l. n. 166/2002) prevede ora che la seconda gara possa svolgersi attraverso la procedura di appalto-concorso. A base di gara

è posto il progetto preliminare del promotore, ed il confronto si svolge sulle eventuali migliorie, che possono potenzialmente essere di carattere tecnico (sul progetto in senso stretto) o di carattere economico.

Qualora vi siano offerte nella seconda fase, la pubblica amministrazione deve scegliere le due migliori, i cui presentatori saranno invitati alla procedura negoziata che chiude, finalmente, la vicenda. Da quanto detto, e dalla lettera della legge, deriva che possono essere ammesse alla fase successiva solamente offerte migliorative della proposta del promotore. E' in questo senso possibile che sia ammessa alla procedura negoziata una sola offerta, o per assenza di altri partecipanti o perché le offerte degli altri partecipanti non potevano essere definite migliorative.

8.4. La trattativa privata conclusiva: l'aggiudicazione

La terza fase vede quindi l'esperimento di una trattativa privata (procedura negoziata, secondo la dizione di origine comunitaria), la partecipazione alla quale è stata in definitiva l'oggetto della prima fase (per quanto concerne gli aspiranti promotori) e della seconda fase (per quanto concerne altri aspiranti alla concessione, non esclusi gli aspiranti promotori scartati nella prima fase).

Il confronto tra il promotore e i due migliori offerenti della gara precedente dovrebbe a questo punto avvenire sul progetto complessivo, anche se molto dipenderà da cosa è avvenuto nella seconda gara. Se infatti in quella sede sono state presentate offerte migliorative sotto il profilo progettuale, allora il confronto avverrà "a tutto campo"; se invece le offerte migliorative sono state solo di carattere economico, il confronto avverrà, probabilmente, solo sotto tale profilo. In effetti, non si può escludere in via assoluta che un confronto avvenga sotto il profilo tecnico anche nella seconda ipotesi. In via generale, il meccanismo delle tre gare può infatti invitare implicitamente tanto il promotore che gli aspiranti concessionari a riservarsi qualche miglioria per l'ultima gara, rischiando qualcosa nel momento della prima selezione per avere però più *chances* nella fase finale. Il promotore, il cui progetto è servito da base nella seconda gara, può infatti ritenere più opportuno non fornire agli altri concorrenti il vantaggio di avere a disposizione il miglior progetto possibile da subito, specie se si ritiene che l'aspirante promotore "scartato" possa rientrare nella seconda gara. Gli aspiranti concessionari, dal canto loro, possono fare un ragionamento analogo, anche se nel loro caso ciò è forse più difficile e rischioso finanziariamente. Infatti, l'eventuale esclusione dalla partecipazione alla terza gara si presen-

ta, per i "non promotori", come definitivamente, il che è per gli stessi più grave in quanto la sola partecipazione può dar loro, come vedremo, un vantaggio di tipo economico diretto, nell'ipotesi in cui la seconda gara sia stata esperita mediante appalto-concorso.

Nella procedura negoziata si scontrano quindi il soggetto, il promotore, che ha presentato il progetto preliminare posto a base della procedura, e due soggetti, il cui sforzo progettuale è stato limitato, o addirittura assente, senza alcun meccanismo di prelazione per il primo. Naturalmente, la terza fase non è sempre necessaria, in quanto è possibile che la licitazione privata sia andata deserta o che non siano state presentate offerte migliorative rispetto al progetto presentato dal promotore, che in questa ipotesi rimane ad esso vincolato (art. 37-*quater*, comma 2, l. n. 109).

8.5. La cauzione "progettuale"

Se è vero che il promotore ha il vantaggio di conoscere meglio il progetto, è anche vero che gli altri partecipanti, a questo punto della procedura, sono in una situazione favorevole sotto il profilo del rapporto tra investimenti nella procedura e risultati ottenibili. La normativa, con disposizioni di cui sfugge almeno parzialmente il significato, prevede infatti un meccanismo di rimborso delle spese progettuali sia per il promotore non aggiudicatario, che per gli aspiranti concessionari non aggiudicati, seppur limitatamente al caso in cui la seconda gara sia stata esperita mediante appalto-concorso.

Nel caso del promotore non risultato aggiudicatario, la *ratio* è chiara, e condizionale. Il promotore non aggiudicatario ha infatti diritto al pagamento, da parte del soggetto risultato vincitore, di una somma, non superiore al 2,5% dell'intervento, che copra i costi di progettazione. I costi di progettazione devono essere indicati e comprovati analiticamente, e sono soggetti al controllo della pubblica amministrazione per evitare abusi.

Il problema si pone qualora il promotore sia aggiudicatario. Se la seconda gara è andata deserta, o se comunque nessuna offerta nella seconda gara è risultata accettabile (migliorativa), non si crea alcuna difficoltà. Se invece la seconda gara ha avuto luogo ed è stata esperita mediante appalto-concorso, il promotore aggiudicatario è tenuto a corrispondere la stessa somma che riceverebbe in caso di mancata aggiudicazione agli altri concorrenti (art. 37-*quater*, comma 5, l. n. 109, come modificato dall'art. 7, l. n. 166/2002).

Sfugge la ragione della corresponsione di tale somma, considerando che i promotori esclusi nella prima valutazione comparativa, pur presentando progetti, non hanno avuto alcun rimborso, e

che i concorrenti non promotori ricevono un rimborso, calcolato sulla base dello sforzo progettuale del promotore, anche quando possono non avere compiuto alcuno sforzo progettuale significativo (o quando, comunque, il loro sforzo progettuale sia comunque inferiore a quello del promotore, e quindi probabilmente inferiore alla somma di cui verranno in ogni caso a godere). Si tratta in sostanza di una incentivazione alla partecipazione alla gara, che rischia peraltro di eccedere i propri scopi, incentivando ad una partecipazione alla seconda gara, non per vincere necessariamente quest'ultima, ma per lucrare eventualmente sul rimborso.

9. Project financing e concessione: ulteriori profili applicativi

Non è solo la disciplina del momento dell'evidenza pubblica che comporta un annacquamento del *project financing* privatistico; vi sono infatti ulteriori aspetti della disciplina che si prestano a valutazioni critiche, non tanto di valore assoluto (se siano scelte opportune o meno), ma relative (se si possa effettivamente parlare di *project financing*, e se quindi si sia persa un'occasione di ammodernamento).

La controprestazione del concessionario, ai sensi dell'art.19, comma 2, della legge n.109/1994, è composta, in ogni caso, dal diritto di gestire l'opera, ma può accompagnarsi ad essa la corresponsione di un prezzo, stabilito in sede di gara (*co-financing*). Ciò, in particolare (anzi, in via esclusiva, secondo un'interpretazione rigorosa della norma), qualora vi siano prezzi o tariffe amministrati, controllati o predeterminati, anche se tale requisito sembra non essere graduabile, per cui si pone come circostanza che autorizza il cofinanziamento, ma che non comporta un confronto con i prezzi di mercato, per stabilire l'entità di tale cofinanziamento, prestandosi pertanto ad abusi. D'altro canto, trattandosi di servizi di pubblica utilità, è difficile prevedere che il concessionario possa essere totalmente libero di fissare tariffe del servizio svincolate da qualunque controllo o limite, essendo invece probabile che in sede convenzionale siano fissati criteri specifici.

La disposizione è comune a concessione di costruzione e gestione "pura" e concessione di costruzione e gestione con promotore, ed ha come obiettivo di non limitare alle sole opere "calde" (quelle cioè che possono autofinanziarsi completamente in un tempo limitato) l'intervento finanziario del privato.

In questo caso, le considerazioni fatte sul vantaggio della pubblica amministrazione che vede costruire un'opera pubblica senza esborso di denaro devono essere corrette, e valgono solo parzial-

mente. Escluse comunque le opere "fredde" (che non hanno capacità di autofinanziamento), le opere che a questo punto dovremmo definire come "tiepide" (ma più sul caldo, se così si può dire, per il limite superiore al 50% di finanziamento privato), possono essere inserite nella programmazione triennale, o negli aggiornamenti annuali.

A questo punto ci si potrebbe chiedere se i programmi devono comunque stabilire una priorità anche all'interno delle opere che possono essere realizzate tramite concessione, privilegiando le stesse in base al "calore", vale a dire alla percentuale di finanziamento privato, o in termini assoluti, in base alle somme necessarie per bilanciarne la non completa autofinanziabilità. Lo schema, in ogni caso, si avvicina, almeno in parte, a quello dell'appalto, nel quale il corrispettivo è comunque una somma di denaro. La nuova formulazione dell'art. 19, comma 2, l. n. 109, come modificata dalla l. n. 166/2002, prevede che a titolo di prezzo, i soggetti aggiudicatori possano cedere in proprietà o diritto di godimento beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicati nel programma di cui all'art. 14, ad esclusione degli immobili ricompresi nel patrimonio da dismettere ai sensi del d.l. 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 novembre 2001, n. 410.

Un altro aspetto particolare è dato dalla possibilità di riequilibrare in entrambe le direzioni gli aspetti finanziari in caso di mutamenti normativi o di variazioni da parte della pubblica amministrazione per un interesse pubblico prevalente, che incidano sulla capacità di autofinanziamento dell'opera (art.19, comma 2-bis, l. n.109). I presupposti e le condizioni che stanno alla base della realizzazione dell'opera formano parte del contratto, ed una loro variazione determina il riequilibrio. Ciò risponde ad un principio di correttezza dell'amministrazione, oltre che a principi di carattere contrattuale. Tenendo conto che le modalità di riequilibrio comprendono anche la possibilità di proroga della concessione, tale riequilibrio si presenta peraltro molto delicato, potendo essere il mezzo attraverso cui aggirare norme imperative (ad esempio, il termine trentennale), o favorire il concessionario.

Un ulteriore profilo di dubbia compatibilità con la struttura tradizionale del *project financing* – ora superato per effetto dell'entrata in vigore della l. n. 166/2002 – concerneva la disciplina degli appalti dell'aggiudicatario, il quale, stando alla precedente disciplina, si trovava di fronte all'obbligo di appal-

tare almeno il 30% dei lavori. Tale obbligo rendeva il *project financing* applicato ai lavori pubblici ancora meno appetibile, in quanto un imprenditore il quale avesse presentato un complesso progetto, e che avesse messo insieme una compagine composita, era tenuto comunque ad avvalersi in modo sostanziale di estranei, anche se le competenze necessarie fossero presenti all'interno del gruppo, e ad applicare le procedure di evidenza pubblica, con quanto ne può conseguire in termini di tempi, spese, e perdita di un rapporto fiduciario che l'imprenditore, a differenza della pubblica amministrazione, non dovrebbe essere tenuto a sacrificare in nome di esigenze pubblicistiche (che dovrebbero essere già state soddisfatte nella scelta del concessionario stesso). L'art. 7, l. n. 166/2002 ha ora abrogato il comma 6, dell'art. 37-*quater*, della l. n. 109, che prevedeva l'obbligo di appaltare a terzi una percentuale dei lavori oggetto della concessione.

10. Proposte di riforma tra incentivazione e garanzie. Il project financing per le infrastrutture e gli insediamenti produttivi strategici

Da quanto detto sopra non stupisce che vi siano una serie di proposte di riforma, presentate a cavallo della passata legislatura e di quella presente, finalizzate a rendere la concessione di costruzione e gestione con promotore più simile al *project financing* come individuato nel settore privato ed internazionale. Tali proposte dovrebbero in sostanza alleggerire gli aspetti procedurali senza intaccare eccessivamente le ragioni dell'evidenza pubblica.

Le proposte sembrano individuare tre profili principali: alleggerimento o eliminazione del vincolo della programmazione triennale, almeno per le opere non cofinanziate; riduzione o soppressione delle procedure concorrenziali; previsione di maggiori garanzie finanziarie per minori ricavi. L'obiettivo è comune, vale a dire favorire l'utilizzazione del *project financing* nella realizzazione di opere pubbliche, rendendolo più appetibile per i privati, anche se non tutte le proposte sembrano condivisibili, alcune di esse andando al di là di obiettivi di semplificazione e razionalizzazione, per spingersi verso un eccesso opposto. Il progetto di legge n.7425 (Camera) della XIII legislatura, in modo piuttosto deciso, proponeva l'eliminazione dell'obbligo di inserimento degli interventi nella programmazione triennale, l'abrogazione dell'art.37-*quater* della legge Merloni (che disciplina la licitazione privata tra gli aspiranti concessionari e la successiva trattativa privata con il promotore), e l'introduzione della possibilità di presentare liberamente proposte per opere totalmente a carico dei privati, al di là di



XLADC



IL CUORE QUI LA MENTE OLTRE

Parlamo di Europa e la memoria torna inevitabilmente ai primi anni di università quando, in riunioni notturne quasi carbonare presso la Johns Hopkins University di Bologna, Altiero Spinelli uno dei padri fondatori ci favoleggiava l'Europa Unita della democrazia, pensata in lunghe meditazioni insieme ad altri amici, al confino di Ventotene.

Eravamo uno sparuto gruppo di giovani curiosi della vita, entusiasti della nostra giovinezza, che ci identificavamo pomposamente come "federalisti europei", guardati con sospetto perchè pronunciavamo parole ed enunciavamo concetti allora sconosciuti e non frequentati correntemente.

Alle incalzanti nostre domande di come avrebbe dovuto strutturarsi l'Europa Unita, se di destra oppure di sinistra, Altiero Spinelli rispondeva che sarebbe stata come noi l'avremmo saputa costruire, con le nostre idee, la nostra volontà, il nostro operare.

Tanto tempo è trascorso ed ora di Europa ne parliamo tutti e stiamo vivendo il momento del faticoso e laborioso passaggio da un'Europa Unita delle economie, a quella delle istituzioni e della politica.

In questo contesto e momento storico, si deve parlare anche di assetto delle libere professioni, tra le quali rientra anche la nostra di Dottore Commercialista.

Fino a poco tempo fa, fuori dai nostri confini nazionali, la nostra professione era quasi sconosciuta; in parte lo è tuttora; infatti a livello europeo, e più in generale a livello internazionale, si segue una tradizione anglosassone che prevede una netta distinzione tra professioni giuridiche e professioni contabili.

In ambito internazionale la nostra professione giuridico-contabile rappresenta una eccezione: confessiamo con sincerità che inizialmente, anche a livello personale, di ciò ne abbiamo sofferto, perchè ci sentivamo diversi. Successivamente, nel corso del nostro lavoro quotidiano, abbiamo verificato che le

imprese chiedevano e chiedono ancora professionalità giuridico-contabili, per cui abbiamo iniziato a leggere la nostra diversità in senso positivo, costruttivo. Siamo diversi e rappresentiamo eccezione, perchè precursori rispetto ad esigenze che si vanno via via sempre più estendendo e radicando.

La professione unica è ormai cosa fatta, è insita nella realtà degli attuali sistemi; lo impongono i nuovi percorsi universitari, le istituzioni internazionali di cui facciamo parte, il mercato più o meno globale. Si potrà discutere solo dei tempi parlamentari, delle modalità, dei meccanismi attuativi, delle prerogative, in quanto il contesto europeo nel quale siamo inseriti non permette alternative.

Ecco quindi la necessità di guardare oltre e preordinarci a proporre e sostenere in ambito europeo il nostro modello di professione giuridico-contabile; non tanto per orgoglio della nostra nazione, che comunque a noi piace chiamare ancora Patria, ma perchè è necessario far comprendere che è il mercato stesso che lo richiede.

Sarà un compito difficile ed impegnativo, perchè ci si dovrà confrontare con storie e culture diverse, in un contesto in cui si continua a mettere in discussione la sopravvivenza del sistema degli Ordini, con la scusa di una mal concepita liberalizzazione sfrenata del mercato.

E' su questi punti che dobbiamo cercare chiarezza di idee ed unità di intenti. Il cuore dobbiamo tenerlo qui, legato alla evoluzione della nostra professione, mentre la mente e le intenzioni dobbiamo proiettarli oltre, in orizzonti più vasti e complessi.

Seguendo gli insegnamenti di Altiero Spinelli, ai giovani curiosi della vita ed entusiasti della loro giovinezza, che ci chiedono come sarà la professione del Dottore Commercialista europeo, rispondiamo che sarà come ogni giorno noi l'avremo saputa costruire, con le nostre idee, la nostra volontà, il nostro operare.

Nella nuvola più alta

Di Antonio Specchio tra i tanti ricordi, ci sovviene immediatamente il primo incontro avvenuto all'inizio del nostro percorso professionale, quando lui stava raggiungendo il periodo di maturità della professione. A noi timorosi giovincelli illustrò la gratificante bellezza della professione, ma rappresentò anche quanto gravoso, faticoso, impervio ed ostico ne fosse il percorso. Successivamente molte altre furono le occasioni di incontro, tra le quali anche la partecipazione agli esami di abilitazione alla professione, nel ruolo di commissari. Lo ricordiamo mite e pacato, sereno nelle valutazioni, razionale, pensoso, con un tratto innato di signorilità sempre presente.

Anche di Giorgio Battellani, tra i tanti ricordi, ci sovviene il primo incontro avvenuto quando noi stavamo raggiungendo le soglie della maturità e lui stava iniziando il percorso professionale. Non lasciò tempo di parlare e, tanto per sciogliere l'atmosfera, cominciò a raccontare le ultime barzellette, senza più fermarsi, in un crescendo irrefrenabile. Successivamente molte furono le occasioni di incontro e per il lungo periodo di appartenenza e attività nell'ambito associativo LADC, la frequentazione fu costante. Lo ricordiamo simpaticamente impulsivo, allegro, sorridente, generoso, sempre disponibile, sempre in movimento, sempre iperattivo.

Li ricordiamo con nostalgia non solo perchè entrambi furono consiglieri, e Antonio fu altresì presidente del Consiglio del nostro Ordine di Bologna, ma anche e soprattutto perchè in tempi, a livelli e con modalità diversi, ci furono amici.

Ora li immaginiamo sull'ultima e più alta nuvola del pulviscolo atmosferico, più o meno sperduta nell'universo, di fronte al Capo di tutti i Custodi. Antonio, dopo aver posato dolcemente il monocolo, intento a rimbrottare e giustificare l'esuberanza di quel ragazzo di nome Giorgio che, dopo aver inforcato gli occhiali, racconta l'ultima barzelletta, così, tanto per sciogliere l'atmosfera.

Francesco Cortesi

Gabanatt

L'INCONTRASTATO SIGNORE DEL "CONCORDATO DI MASSA"

Il prossimo 24 giugno compirà 65 anni, da 35 è professore universitario e da 30 ha studio per conto suo. Una vita spesa per la consulenza tributaria, quella di Augusto Fantozzi, uno dei massimi esperti italiani di fiscalità, che ha avuto anche l'avventura di sedere su alcune delle poltrone più importanti e delicate del paese: ministero delle Bilancio e del Commercio estero. A guardia dei conti nazionali arrivò a seguito di una telefonata dell'allora presidente della Repubblica Oscar Luigi Scalfaro, che lo raggiunse al cellulare una domenica in cui se ne stava tranquillo a casa sua. Il presidente del Consiglio Lamberto Dini lo chiamava e lui due giorni dopo giurò. Il governo doveva durare tre mesi, giusto il tempo di scrivere una finanziaria, la riforma delle pensioni e una legge da nulla quale fu la par condicio. La finanziaria vide la luce con non poca difficoltà, scrissero le nuove regole per le pensioni poi Fausto Bertinotti suonò la campana; intanto era già passato più di un anno. Si andò alle urne, si candidò e venne eletto, guadagnandosi, con il governo Prodi (1996-1998), la poltrona di ministro del Commercio con l'estero. Il tempo di organizzare 52 missioni all'estero e a toglierlo dal prestigioso incarico ci pensò il primo ex comunista a Palazzo Chigi. La parentesi politica si è chiusa all'ultima tornata elettorale quando venne mandato contro Fini al quartiere romano di Prati. Finì 56 a 44 per l'allievo di Almirante e Fantozzi con i partiti chiuse definitivamente un'esperienza avviata con Mario Segni.

Dell'uomo del maggioritario non c'è più traccia, di Augusto Fantozzi sì. Ma, attenzione, ha chiuso con i partiti, non con la politica. "Se Prodi avrà bisogno di me, io ci sono. Non con incarichi diretti, ma come consigliere di certo non mi tirerò indietro".

Passione per le auto di lusso, collezionista d'arte del Seicento e di stipetti antichi, Fantozzi porta con agilità il fisico dello sportivo senza esserlo; anche se nello studio di Roma ha a disposizione una bella e attrezzata palestra. Da un anno circa ha aperto i battenti anche a Bologna.

E questo in un momento in cui la professione tributaria è in calo e, soprattutto, in profonda trasformazione. "In passato siamo stati dei 'tribustaristi', dei professionisti con la mazzetta sempre pronta per il concordato; poi, tra

gli anni '80 e '90, abbiamo accompagnato i nostri clienti nella selva oscura di un fisco insopportabilmente complesso. Ora siamo tornati a un fisco meno complicato e più transattivo, più vicino al contribuente e, di certo, c'è meno bisogno di noi in quanto tecnici della dichiarazione". Ma c'è molto da fare, sul fronte del contenzioso e delle operazioni di finanza straordinaria. Quel che è certo, ammette Fantozzi, è che la professione di avvocato, e di avvocato tributarista in particolare, è molto cambiata.

"In peggio – spiega il professore-avvocato – nel contesto di un mercato insopportabilmente aggressivo, di competizione sfrenata e qualitativamente, ma anche eticamente, al ribasso".

Ammette di aver faticato molto, ma ora i risultati li vede. Ha sottratto tempo alla famiglia e a se stesso, ha provato l'ebbrezza del potere politico più alto, ma la soddisfazione maggiore l'ha avuta quando si è definitivamente conquistato la stima dei figli, i cui compagni di università riconoscevano grandi qualità al professor Augusto Fantozzi. Maurizio Costanzo gli ha detto che "buca il video", ma lui già lo sapeva di saper schiudere le porte dell'attenzione in chi lo ascolta. La sua regola è semplice: dare a chi lo ascolta gli strumenti per capire.

Il comizio in senso classico non lo sa fare; non gli piace urlare, parlare per slogan e battute taglienti. Gli piace far capire, cosa che difficilmente ha i tempi dello scontro televisivo, del faccia a faccia. E poi gli piace fare. Il professionista è un uomo (o una donna) del "fare", del "risolvere". A questo proposito dice di farsi l'esame di coscienza tutte le sere e di andare a dormire tranquillo, avendo speso bene le sue giornate, in maniera operosa, intrecciando l'aula universitaria con le beghe di studio. E sussurra che in fondo è la sua forte appartenenza all'ideale cattolico a farsi strada, e del senso dell'esistenza come esperienza individuale che la permea. Come può piacergli il sottobosco della politica? Come può affascinarlo l'apparire, lo sforzo di essere eletto in cui il candidato spende tutto sé stesso e poi non ha più nulla da dare? Tranquilli, politici amici (da cui guardarsi con la massima attenzione) e nemici; non è in campo ma dietro le quinte; e, proprio per questo, decisamente più temibile.



Fra' Galgario



L'ORDINE DI BOLOGNA VICE CAMPIONE D'ITALIA DI SCI

È MANCATO IL TRIS MA SIAMO COMUNQUE SUL PODIO

Mai come quest'anno l'Ordine dei Dottori Commercialisti di Bologna aveva iscritto al Trofeo Nazionale di Sci così tanti colleghi: ben 18! Oltre ad un notevole numero di famigliari. La larghissima partecipazione, (il nostro era infatti l'Ordine più rappresentato) dovuta anche ai brillanti risultati ottenuti negli ultimi due anni, legittimava la speranza di ottenere ancora un buon risultato a livello di classifica per Ordini. La sede delle gare era l'altipiano dello Sciliar con l'organizzazione quest'anno dell'Ordine di Bolzano, che aveva fissato la propria base presso l'Hotel Romantik di Fiè allo Sciliar. A differenza degli anni precedenti le gare di discesa e fondo si sono svolte in un'unica giornata. Un vero e proprio tour de force per coloro che partecipavano ad entrambe le discipline. Le prime al mattino e quelle di fondo nel pomeriggio. Dopo una giornata, il giovedì, passata a vedere e provare il tracciato di gare, il venerdì 28 gennaio si sono svolte le gare. La giornata era di sole ma la temperatura era quasi polare: un termometro a meno 16 ha accolto i primi sciatori alle 8.30 per la ricognizione della pista di gara. Alle 10 il via della prima delle due prove di discesa; alla seconda accedevano i migliori 15 tempi della prima. Dopo una breve pausa per ristorarsi, ma soprattutto riscaldarsi, alcuni reduci dalla discesa (combinatisti) ed i "puristi" del fondo, si sono dati



appuntamento alla partenza della gara che si sviluppava su un anello di circa 6 km, dei quali i primi 3 in salita. Gli ultimi arrivi sono stati quasi al tramonto, con temperature sempre più basse e sole quasi ormai inesistente. La folta rappresentativa del nostro Ordine di Bologna era peraltro gratificata dalla presenza del Presidente che, pur non prendendo parte alle gare, ha sostenuto il morale di tutti gli atleti. Al termine della giornata di gare l'Ordine di Bologna poteva contare su alcuni primi posti e svariati piazzamenti di rilievo che hanno permesso di ottenere, a livello di classifica per Ordini, il secondo posto dietro l'Ordine di Bolzano. Un risultato che alla vigilia avrebbero sottoscritto in molti, visto il lotto delle partecipazioni, e che ha permesso di precedere

Ordini quotati quali Trento, Belluno, Vicenza, ma che ha lasciato un po' l'amaro in bocca per lo scarto riscato con il quale si è perso il primo posto.

Alla consegna dei premi il Presidente del nostro Ordine, Gianfranco Tomassoli, presente alla premiazione insieme al Vice Presidente Francesco Cortesi ed al Consigliere Vincenza Bellettini, ritirando il premio per l'Ordine Vice campione, ha ricordato agli

intervenuti la manifestazione sciistica organizzata anche quest'anno, per la sesta edizione, dalla Fondazione dei Dottori Commercialisti di Bologna che si svolgerà sulle piste del Corno alle Scale. Invitando, così, anche i colleghi degli altri Ordini a partecipare numerosi alla nostra manifestazione.

Cesare Mattei



LADC

Supplemento de il Torresino
Ordine dei Dottori Commercialisti

Anno XI n. 1 - gennaio/febbraio 2005
Aut. Trib. di Bologna n. 6487 del 29.09.95
Sped. in Abb. Post. L. 662 23/12/96 Art. 2 comma 20 lett. b

Direttore Responsabile
Dott.ssa Francesca Buscaroli
In redazione
Dott.ssa Vincenza Bellettini
Dott.ssa Isabella Boselli
Dott.ssa Elena Melandri
Dott.ssa Giovanna Randazzo

Proprietario ed Editore:
Fondazione dei Dottori
Commercialisti di Bologna
via Farini, 14
40124 Bologna
tel. 051 220392
fax 051 238204

*Realizzazione grafica
e stampa:*
litografia sab
via Ca' Ricchi, 1
40068 S. Lazzaro di Savena (Bo)
tel. 051 461356
fax 051 460269

una previsione nei documenti programmatici (da valutare in termini brevi e, in caso positivo, da fare realizzare al di fuori di confronti concorrenziali). Il progetto di legge n.6474 (Camera), sempre della passata legislatura (e riproposto come progetto di legge n.548 nella presente legislatura), proponeva invece la previsione da parte dell'amministrazione concedente, all'atto del rilascio della concessione, della possibilità di integrare i ricavi conseguiti dall'ente gestore qualora gli stessi risultassero inferiori a quelli indicati nel piano economico-finanziario (presentato dall'ente gestore stesso) ed approvato dall'amministrazione.

Come si vede, il rischio nelle proposte di legge è l'opposto di quello attuale, con la prospettiva di rendere il *project financing* certamente più facile da realizzare, ma anche molto più "discrezionale", riducendo la programmazione, saltando le procedure di gara, riducendo l'alea del promotore derivante da propri errori, con possibili ripercussioni negative anche nei confronti della compatibilità con la normativa comunitaria. Si pensi, da un lato, alla compressione della concorrenza attraverso l'eliminazione delle gare, compressione che può avere la sua ragion d'essere, eventualmente, nel caso di *project financing* non cofinanziato e non soggetto a meccanismi di riequilibrio successivo, ma che, quando invece prevede un intervento finanziario da parte della pubblica amministrazione, si presta ad abusi. Si pensi, dall'altro lato, alla sostanziale riduzione del "rischio" di impresa del concessionario, rischio considerato invece, dal diritto comunitario, come un elemento caratterizzante e distinguente la concessione nei confronti dell'appalto.

In questo senso si muove del resto la n.443/2001, legge delega in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici. Il Governo, nell'ottica di una più celere realizzazione delle infrastrutture, è stato infatti delegato ad introdurre, anche in deroga alla legge Merloni (ed in particolare agli artt.37bis, 37ter e 37quater), un regime speciale della "tecnica di finanza di progetto" (art.1, c.2, lett. a). Con d.lgs. n. 190/2002 è stata data attuazione alla legge n. 443/2001. La nuova disciplina (principalmente contenuta negli artt. 8 e 10 del d.lgs. n. 190/2002) delinea un modello di *project financing* applicabile agli interventi strategici, effettivamente più snello ed efficiente, e più vicino allo schema privatistico.

In primo luogo si prevede l'obbligo di pubblicazione su apposito sito informatico, nonché nelle Gazzette Ufficiali italiana e comunitaria, della lista delle infrastrutture per le quali il soggetto aggiudicatore ritiene di sollecitare la presentazione di proposte da parte di

promotori. Per ciascuna infrastruttura deve essere precisato il termine, non inferiore a quattro mesi, entro il quale i promotori possono presentare le proposte. Qualora valuti la proposta di pubblico interesse ai sensi dell'articolo 37-ter della legge quadro, il soggetto aggiudicatore, è tenuto a promuovere, ove necessaria, la procedura di valutazione di impatto ambientale e quella di localizzazione urbanistica. A tal fine, si prevede che il promotore integri il progetto preliminare con lo studio d'impatto ambientale e quant'altro necessario alle predette procedure (in ogni caso, sono rimborsati al promotore i costi della integrazione del progetto richiesta dal soggetto aggiudicatore).

La proposta presentata dal promotore viene quindi sottoposta, unitamente al progetto preliminare, al CIPE. Nel caso in cui il CIPE ritenga di non approvare la proposta, la rimette al soggetto aggiudicatore ai fini dell'eventuale espletamento di una nuova istruttoria o per la realizzazione dell'opera con diversa procedura. Il primo confronto concorrenziale (quello tra aspiranti concessionari non promotori), da tenersi ai sensi dell'art. 10, d.lgs. n. 190/2002 è quindi bandito entro un mese dalla delibera di approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE.

Bibliografia essenziale

AIELLO G., *Project Financing nei settori esclusi*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2003, p. 325 ss.; ASSINI N., COLOMBO M.C., *Le opere pubbliche nell'attuale quadro normativo*, in *Legisl., Dottr. Giurispr.*, 2003, p. 863 ss.; BALDI M., *la disciplina delle concessioni e del project financing dopo la legge n. 166 del 2002*, in *Urbanistica e appalti*, 2003, p. 501 ss. CARRIÈRE P., *Project financing, Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999; COSTANTINO L., *Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti*, in *Contratto e Impr.*, 2003, p. 395 ss.; DE SIERVO F., RAVETTA F., RAVETTA P., *Qualificazione, progettazione, sicurezza, project financing dopo la Merloni ter*, Rimini, 2000; DRAETTA U., VACCÀ C., *Project Financing, caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997; DRAETTA U., *Il project financing nella prassi del commercio internazionale in Diritto del commercio internazionale*, 1994, pp. 495 ss.; GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999; GALLI D., *Prime considerazioni sulle principali innovazioni introdotte dalla c.d. Merloni ter*, in *Archivio giuridico*, 1999, pp. 737 ss.; GRECO G., *Le recenti innovazioni sul project financing*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2003, p.143 ss.; GUCCIONE C., *Commento alla comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, pp. 2001 ss.; LOCATELLI P., *Il project financing e i nuovi strumenti di finanziamento in un'ottica di gestione imprenditoriale dell'azienda sanitaria in Sanità pubblica*, 1999, pp. 421 ss.; MANGIALARDI G., *La società di progetto per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture e servizi in Urbanistica e appalti*, 2000, pp. 237 ss.; MARIANI M., MASTROMARINO S., *La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici, guida alla "Merloni ter"*, Rimini, 1999; MASCOLINI A., *Il "project finance" nelle legge quadro sui lavori pubblici in I contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, n. 2, 1999; MAZZEI L., *Progetto di finanza fra normativa regionale e statale e carenza di norme transitorie in Giustizia amministrativa*, a cura di P. Virga (<http://www.giust.it>), n. 5, 2001.; MERUSI F., *Valutazioni pubblicistiche sulla finanza di progetto in Rivista trimestrale degli appalti*, 1998, pp. 223 ss.; MEZZACAPO S., *L'appalto pubblico scopre il capitale privato in Guida al diritto*, dossier /1, gennaio 2001, pp. 111 ss.; MIGUIDI M., *I lavori pubblici dopo la Merloni ter*, Milano, 1999 pp. 540 ss.; MINGARELLI A., *L'istituto del project financing nella disciplina normativa, nella prassi e nella prospettiva del controllo e della giurisdizione della Corte dei Conti in Rivista Amministrativa della Repubblica italiana*, 1999, pp. 1017 ss.; MISCALI M., *Il project financing in I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. Galgano, vol. 1, Torino, 1995, pp. 729 ss.; MUSOLINO G., *Il contratto di appalto. Rassegna di giurisprudenza commentata sull'appalto pubblico e privato*, Rimini, 1999; NIGRO M., *Idee e progetti, piccoli Enti alla prova in Guida agli enti locali*, n. 41 1999, pp. 21 ss.; NUZZI G. B., *Il project financing in Italia : esperienze e prospettive*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 1998, pp. 681 ss.; NEVITT PETER K., *Project Financing*, Milano - Bari 1988; PIACENTINI P. M., *Regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, Rimini, 2000, pp. 137 ss.; RABITTI G., *Project Finance e collegamento contrattuale in Contratto e impresa*, 1996, pp. 224 ss.; SCANNAPIECO D., *La sfida locale ai nuovi finanziamenti in Guida agli enti locali*, n. 41 1999, pp. 14 ss.; SENESI A., *Un nuovo motore tra centro e periferia in Guida agli enti locali*, 1999, n. 41, pp. 24 ss.; VALERO M., *Qualificazione dei promotori, valutazione della proposta e nozione di controprestazione nel project financing in Giustizia amministrativa*, a cura di P. Virga (<http://www.giust.it>), n. 10, 2001; VERONELLI A., *I finanziamenti di progetto. Aspetti societari e contrattuali*, Milano, 1996; WILSON T., *Un modello dal tesoro di sua maestà in Guida agli enti locali*, 1999, n. 41, pp. 18 ss.

LA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE: PROFILI GENERALI E PARTICOLARI ALLA LUCE DEI RECENTI PROVVEDIMENTI DI DEFINIZIONE DEI PROCEDIMENTI IN MATERIA DI DIRITTO SOCIETARIO

DI ANGELA BENFENATI – DOTTORE COMMERCIALISTA

D'ATTUALITÀ

La conciliazione stragiudiziale fa parte dei cosiddetti ADR (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION METHODS) strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, altrimenti definiti di recente anche col termine di FDR (FRIENDLY DISPUTE RESOLUTION METHODS) strumenti di amichevole risoluzione delle controversie.

Originariamente concepiti con funzione di semplice alleggerimento dell'arretrato processuale gravante sulla giustizia ordinaria, gli ADR sono stati successivamente oggetto di specifici interventi legislativi volti ad accrescere l'autonomia dignità delle singole procedure e a diffonderne ulteriormente l'impiego, in considerazione dei vantaggi che siffatti strumenti possono comportare.

La nostra affermazione trova conforto, con particolare riguardo alla conciliazione stragiudiziale, nel Decreto Legislativo n. 5 del 17 gennaio 2003 recante "Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'art. 12 della Legge 3 ottobre 2001 n. 366", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2003.

Il provvedimento summenzionato, infatti, al comma 1 dell'art. 38 stabilisce quanto segue: "Gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire un tentativo di conciliazione delle controversie nelle materie di cui all'articolo 1 del presente decreto...".

Quest'ultimo, nel testo risultante dopo le modifiche apportate dal Decreto Legislativo 6 febbraio 2004 n. 37, fa riferimento alle controversie relative a:

rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative; nonché contro il soggetto incaricato della revisio-

ne contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati;

trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;

patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'art. 2341-bis del codice civile, e accordi di collaborazione di cui all'art. 2341-bis, ultimo comma, del codice civile;

rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di rapporti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa;

materie di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, quando la relativa controversia è promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio;

credito per le opere pubbliche.

La varietà e l'importanza delle controversie dianzi elencate, testimonia e conferma l'attenzione che il Legislatore ha inteso dedicare, anche in campo societario, all'impiego di metodi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) con significativo riguardo alla conciliazione stragiudiziale.

Ciò considerato, ci pare opportuno delineare un sia pur breve profilo generale di tale procedura per poi soffermarci, in sintesi, sul contenuto delle singole previsioni normative di cui al TITOLO VI del Decreto Legislativo n. 5 del 17 gennaio 2003.

Quando le parti di una controversia convengono, in modo del tutto volontario, di essere assistite da un terzo neutrale (conciliatore) nel raggiungimento di un accordo negoziale che ponga termine al contrasto in essere, abbiamo conciliazione stragiudiziale.

Ad essa è possibile ricorrere in virtù di

una clausola contrattuale stipulata tra le parti, o in forza di un accordo privato intervenuto all'insorgere della controversia. La conciliazione stragiudiziale è una procedura VOLONTARIA vale a dire caratterizzata dall'assoluta assenza di qualsivoglia forma di coazione.

Il soggetto nei cui confronti viene promosso il procedimento, infatti, può:

rifiutarsi di partecipare: in tal caso il tentativo di conciliazione non potrà in alcun modo essere attivato;

accettare senza che ciò, tuttavia, costituisca vincolo per il raggiungimento di un eventuale accordo, essendo ammessa la chiusura della procedura anche con la sola presa d'atto dell'impossibilità di composizione della lite.

Essa è, inoltre, una procedura INFORMALE (stante la sua natura non giurisdizionale) in cui l'elemento caratteristico è l'intervento di un terzo neutrale (il conciliatore) che, assolutamente privo del potere di emettere decisioni vincolanti, assista le parti contrastanti nel raggiungimento del componimento di una controversia tra loro insorta.

Essa è, ancora, un procedimento RISERVATO in cui il conciliatore è tenuto all'assoluto riserbo circa l'esistenza, le ragioni e le parti del tentativo di conciliazione, sulle notizie apprese nel corso degli incontri e sui termini dell'eventuale accordo finale.

Dal canto loro le parti, in caso di insuccesso del tentativo di conciliazione, si impegnano a non fare uso, nel futuro contenzioso, di quanto ammesso o dichiarato dalla controparte e a non citare come testimone né il conciliatore né chiunque abbia partecipato al procedimento.

Nonostante ciò, tuttavia, non si può escludere che una parte contravvenga all'impegno assunto, vanificando in tal modo la riservatezza originariamente attribuita alla procedura conciliativa.

La conciliazione stragiudiziale, infine, è una procedura RAPIDA che si risolve, di regola, in un incontro o al massimo due qualora il conciliatore ravvisi l'effettiva necessità di riconvocare le parti dopo aver concesso loro una pausa di riflessione per meglio definire le rispettive posizioni.

Se le caratteristiche brevemente delineate riguardano la procedura in esame nel suo aspetto generale, la vera essenza della conciliazione stragiudiziale è racchiusa nell'assoluta terzietà del conciliatore rispetto alle parti e all'oggetto della contestazione e questo per un duplice ordine di motivi. In primo luogo perché nel tentativo di conciliazione rimesso ad organi non giudiziari è di estrema importanza che le parti percepiscano e riconoscano il conciliatore quale autorevole ed affidabile gestore della procedura. Ciò sarà tanto più vero e possibile quanto più il conciliatore terrà un comportamento che ne sottolinei la assoluta credibilità, restando manifestamente equidistante dai contendenti nel pieno rispetto del principio del contraddittorio. In secondo luogo perché nella procedura in esame il conciliatore non è chiamato a fornire espressamente alcuna indicazione sulle modalità di composizione della controversia (eccezion fatta per la c.d. "conciliazione valutativa" comunque ammissibile su esplicita richiesta di entrambe le parti), ma soltanto ad assistere i contendenti nel raggiungimento di un accordo negoziale che ponga termine al contrasto in essere.

Da qui l'opinione di alcuni Autori secondo i quali il conciliatore non deve necessariamente essere esperto nella materia su cui verte il contenzioso tra le parti, quanto piuttosto un abile conoscitore di specifiche tecniche di comunicazione, risolvendosi il suo compito principale nel ripristino di un dialogo reso difficoltoso dall'inasprimento delle rispettive posizioni dei contendenti.

Altri, invece, propendono per la "specializzazione" del conciliatore negli specifici argomenti del contendere.

A noi pare, invero, che con particolare riferimento alle conciliazioni attuabili in tema di diritto societario, proprio per quanto meglio vedremo in seguito, si renda necessaria la conoscenza dell'argomento de quo da parte del conciliatore.

Se, come abbiamo già osservato, il terzo neutrale (conciliatore) pur rivestendo indubbia importanza nell'economia della procedura, non interviene apertamente sulle modalità di composizione della controversia ed, inoltre, risulta privo del potere di emettere decisioni vincolanti, restano sostanzialmente le parti a dover manifestare la propria positiva predisposizione alla chiusura del contrasto.

Nel caso in cui i contendenti, sia pure con l'assistenza del conciliatore, addiventano ad un componimento della controversia tra loro insorta l'accordo raggiunto sarà formalizzato col "verbale di conciliazione", che avrà la natura di contratto, salvo che la normativa gli riconosca espressamente la forza di titolo esecutivo (cfr. articolo 3 comma 4 Legge 281/1998

che disciplina i diritti dei consumatori ed utenti; cfr. in particolare D.Lgs. n. 5/2003 all'art. 40 comma 8 di cui più diffusamente parleremo in seguito).

Nei confronti della parte che non dia seguito agli accordi conciliativi saranno, di regola, normalmente esperibili i soli rimedi previsti e concessi dal nostro ordinamento in tema di inadempimento, eccezion fatta per i casi in cui agli accordi stessi sia attribuita, come già anticipato, la forza di titolo esecutivo.

Qualora il tentativo di conciliazione avviato dalle parti non dovesse ottenere successo, resta comunque impregiudicata la possibilità di ricorrere al giudice ordinario.

Le statistiche in possesso delle Camere di Commercio, alle quali la Legge 29 dicembre 1993 n. 580 all'art. 2 comma 4 lettera a) ha affidato la promozione di commissioni conciliative, rilevano che ben il 55% dei tentativi di conciliazione volontariamente promossi viene accettato dalla controparte e che oltre il 90% di queste procedure si conclude in modo positivo.

Non altrettanto si può dire per i casi in cui il tentativo di conciliazione è stato obbligatoriamente introdotto dal Legislatore (cfr. art. 10 Legge 192/1998 per le controversie derivanti dai rapporti di subfornitura industriale), lasciando intuire che una simile coercizione forse mal si attaglia alla natura stessa del procedimento ed alla diffusione del suo impiego. Il recente Decreto Legislativo che disciplina i procedimenti in materia societaria, pur riconoscendo al tentativo di conciliazione di cui al comma 1 dell'art. 38 quella connotazione sostanzialmente volontaria che ben si addice alla natura non conflittuale del procedimento in esame, meglio delinea con l'art. 40 i contorni di alcune fattispecie astratte che, diversamente, rischiavano di risultare eccessivamente indeterminate nel profilo generale precedentemente tracciato.

Cercheremo quindi di analizzarne sinteticamente i commi più significativi, rilevandone le eventuali particolarità, anche rispetto ai lineamenti della comune procedura conciliativa. In primo luogo, il comma 2 del citato articolo 40 prevede la possibilità su richiesta di entrambe le parti di accedere ad una sorta di conciliazione valutativa, sia pure subordinata al preventivo esperimento della procedura ordinaria.

Tale norma infatti sancisce espressamente che, qualora non si raggiunga un accordo tra i contendenti, sia il conciliatore a concludere il procedimento con una proposta "... rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare".

Risulta così rafforzata, dall'esame di questo disposto (qui notevolmente modificato rispetto all'originaria formulazione di cui allo schema approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri nel settembre 2002) la già asserita importanza della terzietà del conciliatore rispetto alle parti e all'oggetto della contestazione, nel senso dianzi precisato di credibilità, affidabilità ed autorevolezza del gestore della procedura.

Proprio al conciliatore, infatti, se entrambe le parti lo richiedono, viene affidato (con una previsione normativa del tutto nuova rispetto allo schema di Decreto Legislativo sopra citato) il delicato compito di formulare una proposta che induca le parti rimaste contendenti ad un'ulteriore riflessione nella ricerca di una nuova e possibile ipotesi negoziale, ben comprendendosi come l'efficacia di una simile previsione dipenda, in grande misura, dall'obiettiva riconoscibilità del conciliatore quale soggetto "super partes".

Con giusta ragione, poi, si può sostenere che il conciliatore debba necessariamente possedere conoscenza e padronanza degli argomenti all'origine della disputa, non essendo altrimenti possibile la formulazione della sua proposta, in modo sufficientemente chiaro ed accettabile, con evidenti conseguenze negative sull'andamento dell'intera procedura.

Di poco stemperata dalla norma in commento è invece l'osservata terzietà del conciliatore rispetto alle modalità di composizione della controversia, dovendosi all'occorrenza trasformare la sua mera attività di pur vigile assistenza in un *quid pluris* che comporti anche una sua valutazione sulle pretese delle parti, sebbene diretta unicamente alla formulazione della proposta d'accordo.

Sempre il comma 2 dell'articolo 40 conferisce carattere sensibilmente più formale alla verbalizzazione della fallita conciliazione, prevedendo altresì un apposito verbale col quale il conciliatore dia atto "... della mancata adesione di una parte all'esperimento del tentativo di conciliazione". Le ragioni di una simile statuizione normativa troveranno puntuale motivazione nell'espresso richiamo contenuto nei commi che, successivamente, avremo modo di esaminare.

Ci riferiamo, ad esempio, al comma 4 della norma in esame nel quale si legge come l'istanza di conciliazione (proposta agli organismi istituiti a norma dell'art. 38) dal momento della comunicazione alle altre parti con mezzo idoneo a dimostrarne l'avvenuta ricezione, produca sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale. Se, tuttavia, il tentativo di conciliazione fallisce la domanda giudiziale deve riproporsi entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal

deposito del verbale di cui al comma 2 presso la segreteria dell'organismo di conciliazione.

Più avanti avremo modo di notare che anche il comma 6 della norma in esame presenta un importante riferimento al verbale di cui al comma 2. Il comma 3 del più volte citato art. 40 ribadisce la sostanziale riservatezza della conciliazione, decretando che le dichiarazioni rese dalle parti durante il procedimento non possono essere utilizzate, con la sola eccezione di quanto previsto dal comma 5, nel giudizio promosso a seguito dell'insuccesso del tentativo di conciliazione e che le stesse non possono essere oggetto di prova testimoniale. Il comma 5, a sua volta, stabilisce che la mancata comparizione di una delle parti e le posizioni assunte dinanzi al conciliatore sono valutate dal giudice nell'eventuale successivo giudizio, ai fini della decisione sulle spese processuali la cui ripetizione può essere esclusa per il vincitore che ha rifiutato la conciliazione e che può anche essere condannato, in tutto o in parte, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente.

Tale norma, apparentemente in contrasto con la volontarietà assoluta del procedimento almeno nella sua formulazione più teorica e pura, ha in realtà lo scopo di scoraggiare gli atteggiamenti ostativi che una parte potrebbe assumere nel solo intento di prevalere sull'altro contendente, anziché cercare con esso il raggiungimento di un accordo reciprocamente soddisfacente. Degno di nota è altresì il richiamo contenuto nel primo periodo del comma in esame, ai fini delle spese di causa, all'articolo 96 del codice di procedura civile in base al quale, *“se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza. Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritto domanda giudiziale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza...”*

Il comma 6 dell'art. 40 contempla il mancato esperimento del tentativo di conciliazione previsto dal contratto ovvero dallo statuto della società, quale motivo (su istanza di parte proposta nella prima difesa) di mera improcedibilità dell'azione giudiziaria.

Il procedimento pendente dinanzi al giudice, quindi, ricorrendo le condizioni dianzi menzionate, verrà sospeso e sarà

fissato un termine (di durata compresa tra i trenta ed i sessanta giorni) per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad uno degli organismi a ciò deputati, ovvero a quello indicato dal contratto o dallo statuto.

Nel caso in cui l'istanza di conciliazione non venga depositata nel termine assegnato, il processo potrà essere riassunto dalla parte interessata. Nel caso invece in cui il tentativo di conciliazione non riesca, all'atto di riassunzione del processo dovrà essere allegato il verbale di cui al comma 2. In ogni caso la causa di sospensione del procedimento si intende cessata, decorsi sei mesi dal provvedimento di sospensione (articolo 297 comma 1 del codice di procedura civile).

L'articolo 40 in commento, al comma 8, prevede che nel caso in cui la conciliazione riesca, debba redigersi *“... separatamente processo verbale, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore”* e che lo stesso verbale, previo accertamento della regolarità formale, sia omologato con decreto del Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione e costituisca titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Un'ultima considerazione: forse a testimonianza dell'intento del Legislatore di incoraggiare la diffusione della conciliazione l'art. 39 del Decreto Legislativo più volte citato, ai commi 1 e 2, prevede che siano esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura, tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di conciliazione e che il verbale di conciliazione sia esente dall'imposta di registro entro il limite di venticinquemila euro.

Non è certo nostra intenzione formulare un giudizio sulla norma esaminata, ma vogliamo osservare che essa potrà trovare utile considerazione nei casi in cui lo sviluppo abnorme del contenzioso non derivi principalmente dalla conflittualità congenita e persistente riscontrabile tra le parti (laddove, è evidente, nulla potrebbe la conciliazione) quanto piuttosto dall'effettiva carenza o dalla mancata conoscenza di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie insorte. Pertanto, aldilà di quelli che saranno i reali futuri esiti e sviluppi del tentativo di conciliazione stragiudiziale in materia societaria, va comunque riconosciuto al Legislatore il merito di aver cercato di trasfondere, in campo civilistico, l'esperienza già rilevata in sede tributaria, laddove l'esistenza di procedure alternative relativamente affidabili, ma molto più rapide e complessivamente meno costose del contenzioso, ne hanno notevolmente ridotto l'impiego indiscriminato.

(Segue da pag. 1)

AGENZIA DELLE ENTRATE: LA SELEZIONE CAMBIA VOLTO

EDITORIALE

rispondere con efficacia alle differenti esigenze che si sono manifestate al suo interno, in particolare poter assumere funzionari di elevata e specifica professionalità, immediatamente operativi e in linea con i suoi valori e i suoi principi.

Lo strumento di valutazione utilizzato per il reclutamento dei nuovi funzionari è fondato sulla verifica, sul posto di lavoro, delle competenze individuate da uno specifico “Modello delle competenze” realizzato dall'Agenzia sulla base dei suoi obiettivi istituzionali. La dimensione del modello non è di tipo giuridico-normativo, ma valoriale e si sviluppa nell'ottica della cultura organizzativa.

Il modello evidenzia le competenze di livello superiore che le persone utilizzano per realizzare con efficacia ed efficienza i propri compiti e far fronte alle proprie responsabilità e la sua efficacia deriva dalla rispondenza alle necessità funzionali dei servizi che l'Agenzia deve fornire ai singoli contribuenti e alla collettività.

Il termine *competenze* identifica le specifiche caratteristiche necessarie per svolgere bene un dato lavoro. Partendo dal presupposto che le persone che dispongono delle competenze necessarie ad un dato ruolo svolgono quel ruolo meglio di altri che invece non dispongono delle stesse caratteristiche, ne consegue che le competenze sono caratteristiche personali che si manifestano, all'interno di un contesto organizzativo, in modi di pensare e di agire individuabili come causa di risultati di livello superiore. Sia per questa loro dimensione comportamentale che per gli effetti che ne scaturiscono sul piano organizzativo, le competenze si definiscono comportamenti organizzativi. In altre parole, le competenze costituiscono un insieme strutturato di conoscenze, abilità, valori e motivazioni che connotano il “saper fare” di un bravo professionista.

In particolare, i comportamenti di un buon performer devono esprimere: passione per il proprio lavoro; propensione a migliorare i propri standard; orientamento a fornire servizi di qualità ai clienti interni ed esterni; capacità di lavorare con gli altri; flessibilità e volontà di aggiornarsi costantemente.

Sulla base di queste competenze, l'Agenzia valuta i propri funzionari per verificare l'idoneità a lavorare con successo all'interno della propria organizzazione.

Questo strumento di valutazione, in forma più articolata, viene utilizzato in Agenzia dal 2002 per la valutazione integrata degli obiettivi e dei risultati dei dirigenti.

Queste esperienze in progress che l'Agenzia sta percorrendo negli ultimi anni sono tese a progettare, definire e realizzare strumenti semplici e flessibili di gestione delle risorse umane che, soprattutto per un'organizzazione di grandi dimensioni, significa dare valore all'agire quotidiano di ciascun operatore e riconoscere le professionalità interne nell'ottica del miglioramento costante per raggiungere risultati eccellenti.

FORMAZIONE DELLO STATO PASSIVO: RECENTI ORIENTAMENTI DEL TRIBUNALE DI BOLOGNA

DI MARIA CRISTINA CESERANI - DOTTORE COMMERCIALISTA

L'ANGOLO DEL TRIBUNALE

L'elaborato tecnico

Giovedì 25 novembre 2004 si è tenuto un interessante incontro sulla formazione dello Stato passivo nelle procedure fallimentari. Organizzato dall'Ordine dei Dottori Commercialisti di Bologna presso la Sala Bolognini del Convento San Domenico, ha riscontrato una platea numerosissima e concentrata fino all'ultimo minuto della relazione conclusiva.

L'occasione dell'appuntamento è data dalla nuova "edizione" di quell'elaborato di taglio pratico che ormai da anni viene consultato dai curatori fallimentari come una sorta di preziosissimo "Bignami". Questo manuale, come poi spiega il collega Passerini, nasce dalla stretta collaborazione fra la Commissione Consultiva procedure concorsuali del nostro Ordine ed i Giudici della Sezione Fallimentare del Tribunale di Bologna, e ha visto la sua prima stesura più di dieci anni fa. Suddiviso per argomenti tramite un breve indice iniziale, raccoglie in modo molto chiaro e preciso quelli che sono gli orientamenti giurisprudenziali "spostati" dal Tribunale di Bologna in materia di esame dello Stato Passivo, che rappresenta uno dei (forse il) più importanti e difficili momenti dell'attività del curatore. Dotato di una valenza che va anche al di fuori del Tribunale di Bologna, costituisce uno strumento di facile consultazione per tutti i curatori, giovani e meno giovani, che ha l'obiettivo di rendere gli stati passivi il più possibile conformi all'attuale realtà giurisprudenziale e anche fra loro omogenei, nella sostanza e nella forma.

Dopo una breve introduzione del Dott. Costa e del Presidente della Sezione fallimentare De Robertis, i relatori sono entrati subito nel vivo della questione, trattando solamente quelle che sono le novità rispetto alla precedente "edizione" dell'elaborato.

Le spese

La collega Schincaglia ha esaminato gli aspetti problematici nella qualificazione e relativa ammissione al passivo delle spese. L'argomento è alquanto spinoso e non è risolto in maniera uniforme dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Deve essere analizzata la temporalità e la tipologia della singola voce di spesa che il creditore indica e documenta nella sua domanda di insinuazione.

Se le spese sono state sostenute in data successiva alla sentenza di fallimento, occorre verificare se soddisfano i

requisiti per essere considerate prededucibili. Deve trattarsi di spese strettamente collegate all'attività di liquidazione dei beni fallimentari: devono essere soddisfatte per prime rispetto alle altre ed in forma integrale (non parziale e proporzionale come accade ai crediti ammessi in chirografo o in privilegio).

Per le spese sostenute in procedure concorsuali minori che non hanno avuto esito positivo, prevale la tesi di legittimità: non sono prededucibili quelle del concordato preventivo mentre lo sono quelle dell'amministrazione controllata, in quanto tale procedura è fondata sulla continuazione dell'attività dell'impresa.

Le spese relative alla domanda di insinuazione sono ammesse con lo stesso grado del credito a cui si riferiscono, escluse quelle per l'assistenza legale e quelle relative alla tardività del deposito dell'insinuazione.

Privilegio speciale alle spese per atti conservativi quali espropriazione, cancellazione di ipoteche e sequestro conservativo, in quanto sostenute dal singolo creditore per difendere il proprio credito ma dimostratesi a vantaggio dell'intera massa dei creditori. Nessun privilegio invece per le spese di precetto o di pignoramento che ha avuto esito negativo o che ha perso efficacia: ammesse in chirografo.

Particolare attenzione alle spese sostenute dal Comune per la rimozione di rifiuti tossici o infiammabili (es: amianto, gpl) e per il ripristino ambientale di immobili del fallimento: godono del privilegio speciale sull'immobile medesimo.

I crediti per lavoro autonomo

Passerini ha poi affrontato la verifica dei crediti di lavoro autonomo, chiarendo innanzitutto che la nota proforma del professionista, da allegare all'insinuazione, deve contenere una breve descrizione della prestazione svolta e che il relativo opinamento serve per la mera quantificazione di quel credito. La qualifica di privilegio spetta sia quando la prestazione deriva da attività protetta ed esclusiva (es: Dottori Commercialisti) sia da attività protetta ma non esclusiva (es: Consulenti del Lavoro) sia da attività né protetta né esclusiva (es. disegnatore). L'importante è che non sia svolta sotto forma di attività commerciale (società di persone o società di capitali).

Per le associazioni fra professionisti la questione è delicata perché la giuri-

sprudenza più "morbida" (Tribunali di Napoli e Bologna) ammette il privilegio a condizione che nell'insinuazione venga indicato il nominativo del singolo professionista che ha svolto la prestazione nonché l'elenco dettagliato dell'attività svolta. Esiste tuttavia una giurisprudenza, per fortuna minoritaria (Milano), che proprio nel 2003 ha escluso il privilegio del credito di un'associazione fra avvocati.

Con tesi unanime, sono da ammettere in chirografo i crediti per la prestazione dell'amministratore di società perché non costituisce lavoro autonomo, del liquidatore perché trattasi di organizzazione dell'intera impresa, dell'arbitro in quanto, anche se iscritto ad un albo professionale, la sua attività non è di natura intellettuale e quindi non è una prestazione d'opera. Su quest'ultimo punto si dichiara particolarmente concorde il Giudice De Robertis, per il fatto che le parti si avvalgono della figura dell'arbitro solo perché costretti da una clausola contrattuale.

Il credito dell'agente di commercio

Uno degli aspetti più importanti nella verifica del credito dell'agente riguarda la distinzione delle varie tipologie di indennità, di risoluzione rapporto (FIR), suppletiva di clientela o meritocratica, e l'attenta verifica della causa e della data della cessazione del rapporto col mandante.

Il privilegio dell'IVA

Il Dott. Florini è intervenuto sul terreno minato del credito per Iva, ed è stata senza dubbio una lezione di puro diritto, condita da quel simpatico umorismo che, come tutti i curatori sanno bene, contraddistingue questo giudice da sempre.

Partendo dal principio base secondo cui il privilegio sull'Iva prescinde dal capitale a cui accede, viene illustrata una convincente "ricetta" di grande valore teorico-giuridico e di altrettanta difficoltà applicativa, specie per noi curatori. In sostanza, bisogna tener sempre presente che l'acquisizione o il rinvenimento dei beni da parte del fallimento non deve influire sulla qualifica del credito Iva, bensì solamente per determinare la percentuale del pagamento del credito privilegiato. Dobbiamo, in altre parole, poter prospettare che la prestazione abbia portato ad un bene autonomamente acquisibile all'attivo fallimentare e suscettibile di

autonomo realizzo. Se questa affermazione teorica è sostenibile, allora il credito per l'Iva è per l'intero importo da ammettere in privilegio. Alla data dell'accertamento del passivo la procedura subisce dunque il rischio della (successiva) mancata identificazione del bene, in quanto è sufficiente che l'acquisibilità del bene da parte del fallimento sia meramente potenziale.

Al momento del riparto, invece, il curatore deve accertare e quantificare l'acquisizione effettiva e concreta del bene e di conseguenza pagare l'Iva in privilegio a quel creditore solo se e nella misura in cui è stato rinvenuto il bene.

Tale principio è di rischiosa e controversa applicazione in sede di concordato preventivo, dato che l'ammissione in privilegio del 100% dei crediti Iva farebbe con ogni probabilità saltare il concordato a meno che i creditori stessi non rinuncino espressamente al proprio privilegio sull'Iva.

Lavoro temporaneo

Veloce ma estremamente attuale il flash della collega Schincaglia riguardo il credito delle agenzie di lavoro temporaneo. Innanzitutto devono essere allegati all'insinuazione il contratto, gli estremi dell'autorizzazione e le fatture: il privilegio generale sui beni mobili va concesso solo sul credito per le retribuzioni e gli oneri addebitati all'impresa utilizzatrice e non anche sul margine di guadagno dell'agenzia.

L'identificazione delle due diverse entità risulta facilitata dal distinto trattamento Iva in fattura.

Imposte e contributi

Ha concluso il pomeriggio il collega Passerini illustrando gli aspetti più problematici sui canoni di locazione e di leasing, sulle imposte e sui contributi previdenziali e assistenziali.

In merito ai crediti per imposte, va ricordato che non vanno ammesse le spese per contributo unificato, che invece gli Uffici dell'Agenzia delle Entrate chiedono in chirografo.

Per le imposte dirette, il privilegio è sui primi 4 anni anteriori al fallimento, di cui due anni generale e due anni speciale. Se vi è contenzioso in atto, il credito va ammesso con riserva. Le sanzioni sulle imposte dirette vanno sempre ammesse in chirografo, al contrario di quelle sull'Iva, che godono del privilegio come i relativi interessi ante fallimento e gli interessi legali post-fallimentari.

Ultimo ma prezioso suggerimento in materia di crediti Inps: se il curatore arriva a pagare l'Inps, prima di fare il riparto è opportuno che contatti l'Ufficio Legale dell'istituto (Avv. Lamanna) per avere, ai sensi della L. 662/1996, una riduzione delle somme aggiuntive coi relativi conteggi documentati.

LETTERE AL DIRETTORE

Gent.ma Dott.ssa
Francesca Buscaroli
Direttore de "Il Torresino"

Che ci dovessimo mettere insieme ai ragionieri era cosa risaputa. Che l'unificazione fosse inevitabile, a causa del cambiamento dei corsi di studio universitari, era altrettanto noto ma che l'unione con i ragionieri fosse addirittura vantaggiosa per la nostra categoria nessuno ce lo aveva ancora spiegato. Lo ha fatto Claudio Siciliotti nell'editoriale che tu, caro direttore, hai accettato di pubblicare sull'ultimo numero del "Il Torresino".

La lealtà del nostro Vicepresidente nazionale e la sua dedizione alla causa della categoria sono fuori discussione ma il suo intervento contiene, per un eccesso di zelo, molte inesattezze che vanno subito corrette.

Le enumero in rapida successione.

L'accesso alla sezione più alta dell'Albo Unico non è una conquista ma la presa d'atto di una situazione di diritto e di fatto che non poteva ottenere altro riconoscimento. Quanto poi alla protezione del titolo la riforma, lungi dal proteggerlo, ne legalizza l'uso disinvolto che finora se n'è fatto.

La gestione "tabellare" per conto del Ministero della Giustizia, cui continuerà ad essere demandata la gestione vera del Registro dei Revisori Contabili (iscrizioni, cancellazioni, sanzioni), costituisce un onere e non scongiura il sorgere di una nuova professione che peraltro, di fatto, è già sorta da lungo tempo. Basta chiedere alla Cassa di Previdenza quanti Dottori Commercialisti hanno continuato a esercitare la professione approfittando della "funzione" di Revisore Contabile.

La riforma non ci concede nuove attività riservate. Il nostro Presidente Tamborrino ha spiegato più volte che la nostra categoria gode di alcune prerogative ma che non potrà mai avere esclusive perché queste sono riservate per legge ai medici e agli avvocati.

Gli aspetti previdenziali connessi alla riforma dell'Albo Unico non sono stati ancora affrontati compiutamente e la loro soluzione, come dimostra il dibattito ancora in corso, è ancora al di là da venire.

Tralascio gli altri presunti vantaggi che non incidono sulla qualità della nostra professione e sul suo futuro.

La maggior parte dei Dottori Commercialisti italiani accetta con disciplina l'unificazione e spera, per tutta una serie di motivi, che si ponga presto fine ad ogni discussione in materia. Presentarla, invece, come un'opportunità di crescita, in più da cogliere subito al volo, mi pare francamente eccessivo. Con passi falsi come questo ci esponiamo alle critiche degli osservatori neutrali e ci poniamo in una condizione di inferiorità nei confronti delle parti interessate, Governo e ragionieri, che avranno buon gioco l'uno ad imporci e gli altri ad approfittare di una situazione che, secondo Siciliotti, ci deve vedere pure contenti.

Mi sembra un po' troppo.

Tanto sentivo di esprimere per amore della verità e non per fare polemica.

Ti ringrazio per l'attenzione e ti saluto con molta cordialità.

Isernia, 4 gennaio 2005

Salvatore Vitucci
Presidente dell'Ordine di Isernia

Errata corrige

Sul numero 6/2004 de "il Torresino", a causa di un errore tipografico (contenuto nell'ultimo periodo, in fondo alla terza colonna, a pag. 7 della Rivista), sono state omesse alcune parole al termine dell'articolo di Gianfilippo Giannetto, dal titolo "Le novità apportate all'istituto dell'interpello dal nuovo Tuir".

Riportiamo di seguito l'intera frase, integrata con le parole mancanti, scusandocene con l'Autore.

"E' auspicabile, trattandosi anche qui di appuramento di situazioni di fatto che possono consentire o precludere l'ingresso nel consolidato, una qualche forma di "interlocuzione"²⁴ con l'Amministrazione analogamente a quanto previsto dall'interpello richiamato negli articoli 113, 124 e 132."

Pubblichiamo la seguente segnalazione che è pervenuta in Redazione, avente ad oggetto le problematiche legate ai tempi necessari ad ottenere l'iscrizione al Registro dei Revisori contabili

Egregio Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti di Bologna,
con la presente mi permetto di segnalare un problema che sono sicuro interessi molti dei nostri colleghi neo iscritti come il sottoscritto.

Brevemente: dopo aver sostenuto e superato l'esame di Stato per l'abilitazione alla professione di Dottore Commercialista e di conseguenza dopo essermi iscritto al nostro Ordine ho proceduto ad inviare la documentazione a Roma per l'iscrizione al Registro dei Revisori Contabili essendo in possesso di tutti i requisiti richiesti per la nomina a Revisore dei Conti.

Ho pensato di muovermi tempestivamente e di depositare la mia domanda alla Procura di Stato di Bologna come previsto affinché il tutto venisse poi inviato a Roma (onestamente non capisco il perché in un'epoca di decentralizzazione delle funzioni come quella in cui viviamo, la categoria dei revisori debba essere ancora una delle poche centralizzate nella Capitale...mi perdoni lo sfogo). Di seguito Le cito alcune date affinché ci si renda conto della incredibile "velocità" di invio di una pratica:

29 Aprile 2004: consegna il fascicolo con le pratiche (che sono semplici autocertificazioni) alla Procura di Bologna;

29 Giugno 2004: la pratica viene ricevuta a Roma (in effetti se avessi saputo dei due mesi necessari per portarla da Bologna a Roma mi sarei offerto di recapitarla di persona ma anche questo non è previsto dalla procedura);

08 novembre 2004: telefono al numero verde del Ministero di Grazia e Giustizia - Ufficio Revisori 848 800 110 e mi viene detto (testuali parole o quasi):

1. Non è ancora stato iscritto (già lo sapevo perché nella G.U. del 29 ottobre 2004 n. 86 non compare il mio nome)

2. Deve aspettare e avere pazienza perché il dirigente è andato in pensione (giuro che così mi è stato detto)

3. Pensi che ci sono persone che hanno presentato domanda nel dicembre del 2003 e sono ancora lì che aspettano (mi piacerebbe sapere in quale Girone dell'Inferno sono collocati questi poveretti...di sicuro non tra gli "impazienti")

4. Non sono previste dalla normativa delle tempistiche dalla data di presentazione della domanda alla data di iscrizione (per cui potrei anche aspettare dieci anni?)

5. Se vuole può provare a richiamarsi a fine anno (forse per gli auguri?). Ironia a parte (per la quale mi scuso ma che mi aiuta ad accettare meglio queste situazioni), mi chiedo se in tutto questo protrarsi di tempi ci si rende conto che la mancata iscrizione al Registro dei Revisori Contabili, pur avendone i requisiti, pregiudica all'interessato la possibilità di svolgere l'attività di Sindaco nell'ambito di Collegi Sindacali oltre ad altre attività accessorie ma non secondarie della professione provocando quindi anche un danno economico notevole.

In conclusione, oltre a segnalare il problema, mi chiedo anche se esiste una normativa che regola tali situazioni oppure se (ahimè) è tutto rimandato alla discrezione e alla gestione interna degli Uffici del Ministero.

Grazie per la cortese attenzione.

Cordiali Saluti.

Alessandro Predieri

Dottore Commercialista

il Torresino



**ORDINE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
DI BOLOGNA**

Anno XI n. 1 gennaio - febbraio 2005
Aut. Trib. di Bologna n. 6487 del 29.09.95
Sped. in Abb. Post. L. 662 23/12/96 Art. 2 comma 20 lett. b

Associato USPI

Direttore responsabile

Dott.ssa Francesca Buscaroli

Comitato di redazione

Dott. Alberto Battistini

Dottore Commercialista

Dott.ssa M. Cristina Ceserani

Dottore Commercialista

Dott. Matteo Cotroneo

Direzione Regionale E. R.

Dott. Giorgio Delli

Dottore Commercialista

Dott. Antonio d'Errico

Dottore Commercialista

Dott. Vittorio Melchionda

Dottore Commercialista

Dott.ssa Anita Pezzetti

Direzione Regionale E. R.

Dott.ssa Giovanna Randazzo

Dottore Commercialista

Dott. Luigi Turrini

Dottore Commercialista

Realizzazione grafica e stampa:

sab - tel. 051 461356

via Ca' Ricchi, 1 - 3 • S. Lazzaro di Savena (Bo)

Fondazione dei Dottori Commercialisti di Bologna

Via Farini, 14 - 40124 Bologna

Tel. 051 220392 / 051 233968 - Fax 051 238204

E mail: fondazione@dottcomm.bo.it

Ordine dei Dottori Commercialisti di Bologna

Via Farini, 14 - 40124 Bologna

Tel. 051 264612 - Fax 051 230136

N° Verde 800017381

E mail: info@dottcomm.bo.it

Sito: www.dottcomm.bo.it

Consiglio dell'Ordine di Bologna

Presidente Dott. GIANFRANCO TOMASSOLI	Consigliere Dott.ssa ANNA MARIA BORTOLOTTI	Consigliere Dott.ssa AMELIA LUCA	Consigliere Dott. RAFFAELE SUZZI
Vice Presidente Dott. FRANCESCO CORTESI	Consigliere Dott.ssa FRANCESCA BUSCAROLI	Consigliere Dott. GUIDO PEDRINI	Consigliere Dott. MATTEO TAMBURINI
Segretario Dott.ssa VINCENZA BELLETTINI	Consigliere Dott. MAURIZIO GOVONI	Consigliere Dott. ALESSANDRO SACCANI	Consigliere Dott. ALBERTO TATTINI
Tesoriere Dott. ROBERTO BATAACCHI	Consigliere Dott. G. BATTISTA GRAZIOSI	Consigliere Dott. LUCA SIFO	

Comitato Tecnico nominato dalla Direzione Regionale dell'Emilia Romagna

Dott. Matteo Cotroneo Coordinatore	Dott. Gianfilippo Giannetto Vice coordinatore	Dott.ssa Giovanna Alessio Dott. Mario Santoro Sig. Giancarlo Cagnani	Dott.ssa Anita Pezzetti Dott.ssa Emanuela Renzi Dott. Giuseppe Nichil
---------------------------------------	--	--	---

Commissione dei Dottori Commercialisti nominata dal Consiglio dell'Ordine per l'applicazione del Protocollo d'intesa

Dott.ssa Patrizia Arioli Dott.ssa Francesca Buscaroli	Dott. Claudio Galbucci Dott. Stefano Marchello	Dott. Guido Pedrini Dott. Matteo Tamburini	Dott. Fabio Zambelli
--	---	---	----------------------

Hanno collaborato a questo numero e gentilmente ringraziamo:

Dott. Adolfo Barbieri Dott.ssa Angela Benfenati	Dott.ssa Maria Cristina Ceserani Prof. Nicola Lugaresi	Dott.ssa Anita Pezzetti Avv. Claudio Pezzi
--	---	---

CartaSi

Corporate Oro



**Un'altra opportunità
dalla Banca popolare
dell'Emilia Romagna
per i Dottori Commercialisti**