

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 13 - giugno 2016

IANUS Diritto e finanza

N. 13
giugno 2016

IANUS

Diritto e Finanza

N. 13 - 2016

Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 13 - giugno 2016

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

Direttore responsabile: Angelo Barba

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

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

INDICE

SAGGI

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| La riforma delle banche popolari e l'Europa come pretesto, di SALVATORE MAZZAMUTO..... | 7 |
| Il commiato delle grandi popolari dal modello cooperativo, di GIUSEPPE SANTONI | 17 |
| La partecipazione finanziaria nelle moderne teorie filosofiche, di ANDREA BORRONI, DANIELE TETI..... | 27 |
| La tutela dei creditori e dei legittimari nel <i>trust</i> , di DUCCIO ZANCHI..... | 61 |

GIURISPRUDENZA

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Il danno da procurato fallimento sottoposto al vaglio della suprema corte: un'occasione perduta, di ANDREA BORRONI | 95 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

SAGGI

LA RIFORMA DELLE BANCHE POPOLARI E L'EUROPA COME PRETESTO

Salvatore Mazzamuto

Professore Ordinario di Diritto Civili nell'Università di Roma Tre

Il saggio esamina brevemente la riforma delle banche popolari, prestando particolare attenzione agli strumenti normativi impiegati, nel più ampio quadro delle garanzie costituzionali e dei cambiamenti in atto nella legislazione bancaria europea.

The paper briefly investigates the reform for cooperative banks (namely “banche popolari”), taking a careful attention to the legislative tools applied, within the wider framework of Constitutional provisions on cooperation and European legislation on banking recovery

La riforma delle banche popolari e l'Europa come pretesto

La riforma del settore creditizio del 2015 (d.l. 24 gennaio 2014 n. 3, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2015, n. 33)¹ che ha riguardato anche le banche popolari è motivo oggi di rinnovato interesse a causa delle note vicende relative ad alcuni istituti bancari sebbene tali vicende non siano da imputare direttamente ad una fragilità del sistema delle banche popolari, le quali rappresentano una parte significativa del settore creditizio, ma siano da imputare piuttosto al più generale problema della professionalità degli operatori in stretto contatto con il pubblico dei risparmiatori e soprattutto del sistema di controllo affidato agli enti di vigilanza.

Non è questa la sede per soffermarci sull'annoso problema – che tanto ha sollecitato l'attenzione della dottrina civilistica e della giurisprudenza – della collocazione e della gestione degli strumenti finanziari² e che ha di recente trovato nella causa del contratto, e in particolare nel giudizio di meritevolezza, il grimaldello per affidare ai giudici un ruolo di controllo finora appannaggio quasi esclusivo delle Autorità indipendenti.

È opportuno però sottolineare, in proposito, come la riforma abbia esteso anche alle banche popolari, modificando i molteplici rinvii dell'art. 150-*bis* TUF al codice civile, la possibilità di emettere strumenti finanziari in misura maggiore rispetto alla precedente normativa: un segno, quest'ultimo, della tendenza a deprimere la funzione creditizia delle banche popolari a beneficio di quella speculativa. L'obiettivo concreto della riforma, seppure non esplicitato dal legislatore, è quello, infatti, di facilitare, mediante la trasformazione delle banche popolari in società per azioni, la loro contendibilità, vale a dire la loro scalabilità³. Ed invero, con il superamento del principio del voto capitario corredato anche da limiti di conferimento

¹ Cfr., per un esame generale della riforma, F. MAZZINI, *La riforma delle banche popolari*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 2015, II, 39 s.

² Cfr., da ultimo, M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale. L'“azzardo” oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza* (parta prima), in *Contr. impresa*, 2014, p. 571 s., nonché Id., *I derivati e la causa negoziale (parte II). Il controllo di meritevolezza e i derivati di protezione conclusi dalle banche*, ivi, 2014, p. 881 s.

³ Cfr. l'Audizione del Presidente Consob, Giuseppe Vegas, nella quale si sottolinea alla pag. 3 come «il passaggio al modello della società per azioni renderà senz'altro più agevole e meno onerosa la contendibilità del controllo».

delle deleghe in sede assembleare (che costituisce, com'è a tutti noto, uno dei capisaldi della struttura cooperativa) si favorisce la circolazione delle azioni senza particolari limiti (salvo che per un periodo iniziale post-trasformazione, comunque non superiore a 24 mesi dall'entrata in vigore della normativa in esame) favorendo così un rinnovato interesse del mercato nelle acquisizioni di pacchetti azionari determinanti per consentire una maggiore partecipazione alle scelte strategiche della banca da parte di chi ha investito più di altri nonché la concentrazione tra banche più piccole.

La prima impressione che se ne ricava è quella di una forte accelerazione in senso capitalistico impressa al sistema delle banche popolari quando queste raggiungano limiti dimensionali ragguardevoli. E se è vero che – come già rilevava Giuseppe Ferri nel lontano 1959 in una breve quanto mai lucida voce dell'Enciclopedia del diritto⁴ – le banche popolari hanno soltanto la forma della mutualità e non anche la sostanza⁵, va evidenziato ormai che lo scopo mutualistico delle banche popolari, nonché il loro forte radicamento territoriale, non occupano una posizione preminente nella vita sociale e ciò vale soprattutto per gli istituti fortemente patrimonializzati, come quelli oggetto della riforma, dove lo scopo di lucro, comunque sempre presente accanto a quello mutualistico, appare prendere il sopravvento⁶. Del resto chi diventa socio di una banca popolare nel XXI secolo di certo non è mosso dagli stessi intenti che, a cavallo tra il XIX e il XX secolo, spingevano i suoi predecessori ad aderire ad una forma societaria fortemente protettiva dei propri aderenti; è altrettanto vero, però, che solo oggi, per la prima volta, si imprime al sistema creditizio in maniera così incisiva ed esplicita una svolta verso un sistema marcatamente orientato al profitto.

Venendo ora al merito della riforma, occorre soffermarsi perlomeno su tre aspetti: il primo aspetto che dovrebbe destare l'interesse del giurista in generale, riguarda l'utilizzo spregiudicato della decretazione d'urgenza, nonostante ne manchino i presupposti, con la biasimevole pratica di

⁴ G. FERRI, *Banca popolare* (voce), in Enc. dir., V, Milano, 1959, p. 13.

⁵ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *La riforma delle "banche popolari"*, in Riv. trim. dir. economia., 2015, 3 s.; si veda altresì, S. BRAGANTINI, *Sulla trasformazione delle banche popolari in Spa*, in Il Mulino, 2015, 249.

⁶ R. COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari?*, in Banca e Borsa, 2015, p. 580, pur esprimendo un giudizio positivo sulla riforma, riconosce che essa «indirettamente finisce per sacrificare lo scopo mutualistico e per favorire lo scopo lucrativo».

modificare poi il testo normativo in sede di conversione, il tutto aggravato dal ricorso costante al voto di fiducia.

La ragione della decretazione d'urgenza viene ravvisata, secondo il preambolo del d. l. 3/2015, nella necessità di adeguare il sistema bancario italiano agli indirizzi europei, al fine di rendere il nostro sistema "competitivo" tramite l'elevazione del livello di tutela dei consumatori che favorirebbe così uno "sviluppo dell'economia del Paese".

Purtuttavia, il preambolo non fa menzione di quali siano "gli indirizzi europei" giacché ben diverso sarebbe stato un vero e proprio obbligo di tipo unitario-europeo da una non meglio precisata indicazione proveniente da un altrettanto imprecisato mittente: è quanto mai esplicito il rischio di invocare l'Europa per giustificare scelte politiche che hanno, invece, come unico responsabile il legislatore nazionale. Ed anzi, l'Europa ha dimostrato una non trascurabile sensibilità verso il pluralismo delle forme giuridiche tramite le quali le banche esercitano il loro ruolo, ponendo, quindi, su un piano di assoluta parità il sistema capitalistico delle società per azioni e quello mutualistico delle banche popolari⁷.

La scelta di agire tramite decretazione d'urgenza e di far ricorso al voto di fiducia in sede di conversione testimonia l'assoluta mancanza di un approfondito dibattito in Parlamento che dovrebbe essere la sede elettiva di quel bilanciamento degli interessi cui proprio il preambolo fa riferimento. Tutto ciò è ancor più discutibile se si considera che l'intervento legislativo coinvolge un numero molto alto di risparmiatori e alcune delle più importanti banche del paese con delle ripercussioni sul sistema creditizio in generale di cui nessuno si è preoccupato di tracciare una qualche previsione.

In secondo luogo, l'aver inserito una riforma importante in un decreto legge "omnibus" che contiene interventi nelle materie più disparate appare in contraddizione con la delicatezza di un tema giuridicamente complesso come quello della riforma delle banche popolari che avrebbe avuto bisogno di un maggiore sistematicità e ponderazione, caratteristiche che mal si addicono allo strumento del decreto legge nel cui ambito sono frequenti asperità lessicali e terminologiche che non ne aiutano la piena comprensione.

In terzo luogo, si aggiunga che il legislatore ha demandato alla Banca d'Italia di integrare il testo legislativo con interventi normativi *subprimari* sicché la reale portata della "riforma" si deve ricavare anche sulla base del successivo intervento della Banca d'Italia del 9 giugno 2015 (9°

⁷ Cfr. la Risoluzione Parlamento europeo 5 giugno 2008 sul Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico, in particolare il punto 15.

aggiornamento alla Circolare, n. 285 del 17-12-2003, contenente le disposizioni attuative della legge), peraltro preceduto da un ampio periodo di consultazione pubblica, al quale intervento, come dirò tra poco, è concessa una sostanziale delega in bianco sulla quale è lecito porre più di un dubbio.

Un ulteriore aspetto critico riguarda gli altri possibili profili di incostituzionalità che affliggono il testo legislativo; anzitutto viene in rilievo la contrarietà al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., giacché con una clausola stipulativa si fissa un limite (8 miliardi di attivo patrimoniale) entro cui la singola banca popolare può continuare ad esercitare la sua attività economica, mentre le consorelle che superano tale soglia sono obbligate ad arrestare l'esercizio salvo la trasformazione prevista dalla legge.

Una delle giustificazioni della scelta di limitare a 8 miliardi l'attivo patrimoniale è la presunzione (a questo punto assoluta) che un attivo patrimoniale superiore a tale somma determini una attività complessa da svolgere cui può far fronte solo una banca operante nella forma di società per azioni. In altre parole, si presume che un attivo di 8 miliardi imponga un modello organizzativo a sua volta particolarmente complesso e che soltanto una società per azioni possa garantire il funzionamento di tale modello⁸. Se così fosse, però, sarebbe bastato imporre alle banche popolari soprassoglia la dotazione di un modello organizzativo, e quindi anche di controllo, più articolato, a prescindere quindi dalla forma sociale tramite la quale esercitare l'attività bancaria. Ed ancora, perseguendo la linea di pensiero manifestata dal governo secondo cui soltanto una società per azioni può garantire un adeguato modello operativo, allora tutte le banche che hanno un attivo superiore alla soglia di 8 miliardi dovrebbero soggiacere alla trasformazione per legge⁹.

Dal punto di vista della razionalità della nuova normativa¹⁰ preoccupa non tanto l'individuazione della soglia, in ogni caso caratterizzata da un certo tasso di discrezionalità, quanto la scelta di individuare tale soglia in funzione della situazione patrimoniale delle banche interessate; in altre parole, non è del tutto peregrino il dubbio che siano state prima individuate

⁸ Cfr. le Disposizioni di vigilanza Banca d'Italia, aggiornamento 9 alla Circolare n. 285/2013, p.2; dello stesso avviso Costi, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari?* cit., p. 580-581.

⁹ Cfr. F. DI CIOMMO, *La riforma delle banche popolari*, in Foro. It., 2015, V, p. 196.

¹⁰ Al riguardo esprime perplessità anche Capriglione, *La riforma delle "banche popolari"* cit., 19 pur valutando, nel complesso, positivamente la riforma.

le banche coinvolte dalla riforma e solo di conseguenza la soglia di legge. Ciò che dunque si espone a critiche è il metodo visibilmente in forte contrasto con l'art. 3 Cost. e con il principio di astrattezza e generalità a cui la legge deve uniformarsi.

La violazione dell'art. 3 Cost. si ravvisa anche sotto un altro aspetto, ossia nella circostanza che la legge imponga ai soci delle banche popolari un diverso trattamento a seconda che l'istituto di cui sono per l'appunto soci sia o meno sotto o sopra la soglia prevista dalla legge. In altre parole, soggetti che in origine sono sottoposti al medesimo regime giuridico subiscono una modificazione del loro rapporto sociale senza poter esprimere alcun tipo di volontà, salvo il diritto di recesso di cui si dirà in seguito.

Ulteriori perplessità riguardano la compressione della libertà di iniziativa economica che, stando all'art. 41, co. 2, Cost., deve svolgersi in armonia con il perseguimento dell'utilità sociale, la quale consente la creazione di sottosistemi legislativi e imprenditoriali di risposta alle esigenze sociali.

Le finalità del diritto europeo, peraltro, sono analoghe a quelle della Costituzione italiana, come dimostra l'art. 3 TFUE che annovera tra i suoi obiettivi il perseguimento di un modello di economia sociale di mercato, ancorché questo modello normativo differisca da quello ben più aperto alla discrezionalità della politica proprio della nostra clausola generale di utilità sociale¹¹. E certamente tra le esigenze sociali c'è quella mutualistica propria del sistema cooperativo in generale e, nello specifico, seppur in misura attenuata, delle banche popolari, come dimostra il suo recepimento a livello costituzionale all'art. 45 Cost. laddove si afferma che la Repubblica favorisce la cooperazione quale attività di interesse generale.

Non meno rilevante è il possibile contrasto con l'art. 47 Cost. il quale, com'è noto, protegge ed incoraggia il risparmio in tutte le sue forme; il risparmio così tutelato non è rilevante in sé e per sé, ma acquista importanza solo in connessione con la disciplina del credito, ovvero con la protezione dello strumento di liquidità per eccellenza, la moneta. In altre parole, il risparmio va difeso nella sua dimensione creditizia solo se l'intervento protettivo si colloca in una più ampia dimensione che investa l'intero ciclo economico. In particolare, il risparmio è tutelato nelle forme, tra cui quella della banca popolare, che consentono l'accesso – secondo l'art. 47, co. 2, Cost. – alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al

¹¹ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*², Torino, 2015, p. 120 s.; cfr., altresì, la Risoluzione del Parlamento europeo del 19 febbraio 2009 sull'economia sociale.

diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese.

Appare evidente che con la riforma si corre il rischio di favorire la logica speculativa nelle strutture deputate per eccellenza alla conservazione del risparmio, eliminando proprio quelle che, viceversa, più delle altre consentono l'esercizio del credito per finalità non speculative.

Particolarmente significativa è, agli occhi del civilista, la disposizione dell'art. 1 del d.l. 3/2015, che modifica l'art. 28 TUB, secondo cui "il diritto [al] rimborso delle azioni nel caso di recesso, anche a seguito di trasformazione o di esclusione del socio è limitato, secondo quanto previsto, dalla Banca d'Italia, anche in deroga a norme di legge, laddove ciò è necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca" (ciò in attuazione del Reg. 2013/57, c.d. CRR "Capital Requirements Regulation" e della Dir. 2013/36, c.d. CRD IV "Capital Requirements Directive"). La stessa limitazione si applica poi anche agli altri strumenti di capitale emessi.

Al di là della discutibile formulazione lessicale, la finalità della limitazione è quella, dunque, di salvaguardare il patrimonio di qualità primaria della banca necessario a garantirne la stabilità nel caso in cui l'istituto versi in uno stato di crisi. In caso di dissesto, secondo il principio recepito dal legislatore europeo del *bail-in* (si tratta del meccanismo previsto dalla Dir. 2014/59, c.d. BBRD "*Bank Recovery and Resolution Directive*"), la banca deve fare esclusivamente ricorso alle proprie risorse patrimoniali, senza poter fare affidamento su strumenti pubblicistici di salvataggio.

La disposizione contiene una deroga abbastanza vistosa all'art. 2437 c.c. che prevede il diritto di recesso per i soci che non abbiano concorso alle deliberazioni riguardanti, tra le altre, la trasformazione della società e all'art. 2437-ter, che assicura al socio che recede il diritto alla liquidazione delle azioni per le quali esercita il recesso.

Non può non far riflettere la circostanza che il legislatore affidi il potere di limitare il diritto di recesso, pur previsto dalla legge, ad un'autorità indipendente (la Banca d'Italia) con una delega sostanzialmente in bianco, ponendo un problema non irrilevante di compatibilità tra le fonti dell'ordinamento. Va segnalato, infatti, l'annoso dibattito sulla legittimità delle fonti normative autoritative soprattutto sul versante della costituzionalità del potere regolativo/amministrativo delle Autorità, che la dottrina riconduce al fenomeno della delegificazione, ossia ad una sorta di cessione di potestà normativa della legge in favore di regolamenti amministrativi.

Il caso di specie, in realtà, è diverso poiché il legislatore neppure fissa dei criteri di esercizio della potestà normativa delegata, che invece sono previsti, per quanto riguarda i regolamenti amministrativi, dalla l. 400/1988. In altre parole, alla base dell'esercizio del potere limitativo della Banca d'Italia non vi è soltanto una cessione in bianco senza limiti e criteri, ma non è neppure prevista una forma tipica di tutela nel caso in cui il provvedimento debba essere in qualche modo impugnato.

La limitazione apposta al divieto di rimborso equivale, difatti, al divieto di recesso, o quantomeno alla sua compressione fino a renderlo del tutto antieconomico per il titolare. Ne deriva una compromissione del valore dell'autonomia privata che si aggiunge all'imposizione di un modello sociale diverso da quello prescelto dai soci delle banche popolari. Essi, infatti, pur volendo aderire ad un modello bancario improntato ad una logica mutualistica, si ritrovano soci di una banca fondata su un modello capitalistico e soggetto facilmente a cambiamenti della compagine sociale che vengono favoriti dalla agevole circolazione nel mercato delle azioni e dalla mancata previsione di clausole di gradimento all'accesso.

La collocazione sistematica del nuovo art. 28 TUB aveva sollevato, altresì, un dubbio interpretativo non di poco conto se la vistosa compressione dell'autonomia privata non si limitasse ai soli casi di trasformazione delle banche popolari, ma coinvolgesse anche le banche di credito cooperativo; il legislatore è poi intervenuto prevedendo espressamente il limite al rimborso anche per i soci delle banche di credito cooperativo.

Il nuovo co. 2-ter dell'art. 28 TUB desta un ulteriore profilo di perplessità, anch'esso di carattere interpretativo, nella misura in cui fa riferimento ad un generico potere di "limitazione" del rimborso, attribuito alla Banca d'Italia senza però specificare in alcun modo il contenuto di tale limite.

Non è chiaro, infatti, se tale limitazione debba essere soltanto temporale, e se così fosse non è determinato in alcun modo il termine della limitazione che potrebbe tuttavia venire *per relationem* in rapporto alle esigenze di salvaguardia del patrimonio di vigilanza della banca; o se viceversa tale limitazione sia anche di carattere quantitativo, e se così fosse non risulta chiaro né se si tratti di una limitazione anche parziale o necessariamente totale, né il criterio in base al quale effettuarla.

Le disposizioni di vigilanza adottate dalla Banca d'Italia e confluite nella Parte Terza, Capitolo 4, Sezione III, della Circolare n. 285/2013, chiariscono solo in parte le perplessità già emerse ed altre ne sollevano, prevedendo che sia lo statuto della banca ad attribuire all'organo di gestione, «tenuto conto della situazione prudenziale della banca», la possibilità di

«limitare o rinviare, in tutto o in parte e senza limite di tempo, il rimborso delle azioni e degli altri strumenti di capitale del socio uscente», a seguito dell'esercizio del diritto di recesso. Nel caso di parere positivo al rimborso da parte dell'organo di gestione, resta, peraltro, ferma, secondo quanto previsto dall'art. 77 CRR, l'autorizzazione da parte dell'autorità competente (BCE o Banca d'Italia), al rimborso delle azioni e degli altri strumenti di capitale. Appare evidente che una limitazione del diritto di recesso con modalità tali da escludere completamente il rimborso stesso si traduce, di fatto, in un sacrificio estremo del diritto di proprietà ossia in una sostanziale espropriazione della facoltà di cui è titolare il socio. Qualsiasi intervento di funzionalizzazione del diritto di proprietà – qual è quello posto in essere dal legislatore, limitando il terribile diritto (si fa per dire) sulla scorta delle ragioni di salvaguardia del patrimonio di vigilanza della banca – deve infatti essere improntato ai criteri di necessità e proporzione o congruità del sacrificio imposto al socio rispetto alle esigenze di pubblico interesse per le quali il legislatore ha congegnato lo strumento di limitazione in esame. Tutto ciò – va ribadito – al fine di non comportare una pura e semplice espropriazione della facoltà del proprietario.

A livello generale assistiamo, quindi, ad un fenomeno tutt'altro che nuovo: l'intervento della legge che comprime l'autonomia privata ha ancora una volta l'obiettivo dell'instaurazione di un mercato concorrenziale. Tale obiettivo normalmente è perseguito in modo diretto intervenendo sui consumatori come acquirenti di beni di consumo, ma questa volta l'intervento sui consumatori è solo indiretto come protagonisti del mercato creditizio. E infatti, nella prospettiva consumeristica classica tale strategia è perseguita garantendo al privato la possibilità di recedere dal contratto già concluso senza obblighi di motivazione e gratuitamente, anche se il contratto ha avuto un principio di esecuzione, ben oltre quindi il codice civile. La facilitazione all'esercizio del recesso permette infatti al consumatore, insoddisfatto della propria scelta, perché non sufficientemente meditata, di ricollocarsi immediatamente sul mercato per soddisfare altrimenti i propri interessi, favorendo in tal modo una virtuosa competizione tra le imprese. Nel caso della riforma delle banche popolari, viceversa, il medesimo obiettivo, ossia quello di rendere il sistema bancario più competitivo, obbligando gli istituti di credito a fronteggiare un'eventuale fase di dissesto tramite il solo ricorso alle proprie capacità imprenditoriali, è perseguito nel senso opposto, ossia limitando, questa volta in contrasto con il codice civile, il diritto di recesso del socio. L'intervento compressivo dell'autonomia privata rischia, tuttavia, in questo caso di ingenerare, per una sorta di eterogenesi dei fini, un effetto contrario a quello voluto, cioè una drastica

riduzione della concorrenza, nella misura in cui ne vengono ostacolate le due libertà fondamentali su cui essa stessa poggia, la libertà di accesso e la libertà di circolazione nel mercato da parte dei suoi attori; come dire che qui la concorrenza si ammala di autofagia: una tara genetica del resto che ogni tanto ricompare nelle diagnosi sullo stato di salute del capitalismo¹².

La linea di riforma del settore creditizio sin qui esaminata si avvia al completamento con il decreto-legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 febbraio 2016 con cui il Governo è intervenuto sulla disciplina delle altre banche cooperative, ossia le BCC.

Anche in questo caso la compressione dell'autonomia privata è evidente e, anzi, addirittura forse più invasiva giacché approda a una vera e propria gerarchizzazione e monopolizzazione del settore: tutte le banche di credito cooperativo con un attivo patrimoniale inferiore a 200 milioni di euro devono aderire a un unico gruppo al cui vertice è posta una banca in forma di società per azioni, la quale eserciterà il coordinamento e il controllo sugli istituti ad essa legati da una sorta di "contratto di coesione"; nonché ad una forte penalizzazione per le banche riottose sopra soglia, le quali sono obbligate a trasformarsi in società per azioni e a pagare un'imposta speciale pari al 20% delle sue riserve, pena la liquidazione.

È abbastanza evidente che si tratta di un ulteriore passo verso il deperimento della funzione mutualistica, al di là delle dichiarazioni di principio, che può tradursi in un ridimensionamento della stessa funzione creditizia da sempre esercitata dalle banche con un forte radicamento territoriale

¹² Cfr. da ultimo L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*. Regole giuridiche e paradigmi di mercato, Napoli, 2010, p. 97, secondo il quale per l'appunto «l'autofagia è una tendenza immanente al sistema capitalistico».

IL COMMIO DELLE GRANDI POPOLARI DAL MODELLO COOPERATIVO¹

Giuseppe Santoni

*Professore Ordinario di Diritto Commerciale
nell'Università di Roma "Tor Vergata"*

Il saggio riflette brevemente sull'evoluzione della disciplina delle banche popolari ed, in particolare modo, sul futuro del credito cooperativo, alla luce dei cambiamenti in atto in sede comunitaria.

The paper briefly investigates the evolution of the legal framework for cooperative banks taking into account the regulatory actions taken at European Union level.

Sommario:

1. Premessa
2. L'avvio del confronto concorrenziale transnazionale
3. Le novità di disciplina
4. Qual è il senso da assegnare a tali novità

¹ Il presente scritto costituisce la relazione presentata al convegno La riforma delle banche popolari: dalla mutualità alla contendibilità, svoltosi presso l'Università degli Studi di Siena il 22 e 23 gennaio 2016

1. Premessa.

La particolare attitudine del diritto bancario a prestarsi ad una chiave di lettura, se non apertamente politica, almeno di stampo storico, inducono a premettere alcune considerazioni molto generali sull'attuale fase dell'evoluzione della disciplina delle attività bancaria e finanziaria. Tali considerazioni sono utili per cogliere profili non secondari del tema della presente relazione.

La recente novella sulle banche popolari deve infatti essere inserita nel vasto novero delle numerose e profonde modifiche della disciplina delle attività bancaria e finanziaria introdotte negli ultimi anni, che a loro volta traggono giustificazione nelle numerose e eterogenee cause che hanno determinato il profondo cambiamento, nell'arco dell'ultimo trentennio, del modo di essere e di fare banca. Tra tali cause, delle quali è impossibile in questa sede la completa ricognizione, è possibile annoverare alla rinfusa la rivoluzione informatica, l'innovazione finanziaria, la crescita del mercato interno europeo dei servizi bancari, la crisi economica e, da ultima, l'accelerazione dell'Unione Bancaria Europea.

Alla radicale trasformazione che nell'ultimo trentennio ha riguardato le attività bancaria e finanziaria va in ogni caso ricondotto anche il mutamento di disciplina delle banche popolari, talmente profondo e radicale che occorre chiedersi quale sia lo spazio residuo riservato al credito cooperativo in generale e alle banche popolari in particolare.

L'interrogativo di fondo da porsi è in definitiva perché un modello di banca, che in passato ha avuto tanto successo, debba oggi essere così profondamente modificato, se non addirittura abbandonato, con un editto del legislatore.

Al riguardo, è peraltro doveroso ricordare che non è dubitabile l'importanza del ruolo, essenziale ed insostituibile, che storicamente il credito cooperativo e le banche popolari hanno svolto nell'evoluzione del sistema economico italiano. Essi hanno rappresentato, insieme alle Casse di risparmio, l'espressione più forte di una concezione solidaristica e territoriale dello svolgimento dell'attività bancaria, a cui tanto è legato il formidabile sviluppo dell'economia italiana, specie nel secondo dopoguerra.

Tale ruolo appare indissolubilmente legato all'attitudine principale della disciplina delle popolari, che a mio avviso consiste nella capacità di attrarre un elevato numero di soci nella compagine societaria. Si tratta in realtà di un'attitudine propria della disciplina delle cooperative, come è dimostrato dalla circostanza che le società con azioni diffuse tra il pubblico ai sensi dell'art. 116 TUF sono in gran parte cooperative, ed anzi a dire il vero

cooperative bancarie. Tale attitudine aggregativa si caratterizza anche per un ulteriore aspetto: che i soci che partecipano alla banca cooperativa non solo non effettuano l'investimento azionario per ottenere un dividendo, ma nemmeno si aspettano che l'utile di fatto sia distribuito. Le loro attese dall'investimento si radicano altrove, e in particolare nell'aspettativa di un vantaggio derivante direttamente dall'operatività dell'impresa, che costituisce l'essenza del fenomeno cooperativo.

Se l'attitudine aggregativa della disciplina di tutte le cooperative bancarie vale a giustificare la facilità della loro costituzione, tuttavia il modello delle popolari si caratterizza ulteriormente, rispetto a quello delle banche di credito cooperativo, per la maggiore capacità di crescita dimensionale, o, se si preferisce, per l'attitudine ad attirare un numero di soci tale da consentire un raffronto con le cd. *public companies*.

Nel dopoguerra, il successo economico delle popolari è indiscutibile, come è confermato dalla rapidità con la quale un elevato numero di banche popolari hanno raggiunto una dimensione ragguardevole, al punto che l'insieme delle popolari rappresenta circa un quinto del sistema bancario italiano. In questo senso può ad esse attribuirsi una caratteristica se non di modernità, sicuramente di attualità, nel senso che esse possono sicuramente considerarsi espressione del contesto socio economico che ha appunto favorito la loro diffusione.

La mia tesi di fondo è che gli eventi sopra sommariamente richiamati, verificatisi nell'arco dell'ultimo trentennio, hanno radicalmente inciso sulle precedenti modalità di svolgimento dell'attività bancaria, al punto che queste appaiono oggi meno compatibili che in passato con il contesto socio economico contemporaneo.

In estrema sintesi, le odierne condizioni dell'economia, non solo italiana ed europea, sono caratterizzate da un lato dal fortissimo indebitamento sia degli Stati che dei privati e, dall'altro, dall'inarrestabile tendenza allo svolgimento transfrontaliero delle attività economiche, e impediscono di considerare tollerabile una modalità di svolgimento dell'attività bancaria che continui a fare affidamento sulla diretta o indiretta garanzia sovrana dello Stato.

Al riguardo, è significativo che il primo considerando del Regolamento UE 806/2014 sul meccanismo unico di risoluzione delle banche affermi, quasi a mò di premessa, che: *I mercati interbancari sono diventati meno liquidi e le attività bancarie transfrontaliere diminuiscono a causa dei timori di contagio e della mancanza di fiducia nei sistemi bancari nazionali degli altri paesi e nella capacità degli Stati membri di sostenere le banche.*

Rispetto al secolo XX, la vera novità, di cui non vi è una consapevolezza sufficientemente diffusa e convinta, è appunto costituita appunto dalla fine della garanzia sovrana sulle banche, con le sole circoscritte eccezioni consentite dall'art. 107, par. 3, lettera b) del Trattato, che autorizza in via eccezionale gli aiuti destinati a porre un rimedio a un grave turbamento dell'economia in uno Stato membro.

L'espressione più evidente di tale fine è l'introduzione non solo in Italia ed in Europa, ma anche negli Stati Uniti di America, della disciplina del *bail in*. Andrea Guaccero, uno degli studiosi italiani più attenti al diritto statunitense, ha indicato le fortissime somiglianze di struttura tra la disciplina del *Dodd Franck Act*, la principale delle riforme in materia bancaria e finanziaria adottate nel corso della presidenza Obama, e la *BRRD*, vale a dire la direttiva comunitaria che ha introdotto il secondo pilastro dell'Unione bancaria europea, vale a dire il meccanismo unico di risoluzione delle banche.

Il che significa che la disciplina del *bail in*, la cui ultima (e forse altrimenti incerta) giustificazione, risiede nell'esigenza di minimizzare il rischio di contagio anche transnazionale tra le banche in crisi, è condivisa dai principali ordinamenti occidentali ed appare una scelta, allo stato attuale delle cose, così diffusa da apparire irreversibile, ancorché non unanimemente condivisa né sul piano teorico né su quello pratico.

2. L'avvio del confronto concorrenziale transnazionale

La lunga premessa che ho sin qui svolto ha lo scopo di dimostrare che la fine della garanzia sovrana sulle banche e la tendenza allo svolgimento transnazionale delle attività ha avuto e continuerà ad avere un impatto evidente sulla dimensione e sulla *governance* delle banche. In particolare modo, ne sono particolarmente interessate quelle banche che meno di altre avevano in passato prestato attenzione alle esigenze della remunerazione del capitale, essendo invece più sensibili ad istanze diverse, come quelle territoriali o solidali, alle quali prima accennavo.

Tutte le banche, ed anche quelle, come le popolari, che rinvenivano il loro contesto operativo, per così dire, "naturale", nell'ambito territoriale di appartenenza, dovranno fare i conti con il contesto economico molto più esposto rispetto al passato alla competizione concorrenziale. D'altra parte, l'espansione delle popolari più grandi, acceleratasi nell'ultimo quindicennio, è da attribuire più ad acquisizioni di altre banche in difficoltà, spesso

popolari, al di fuori del proprio territorio di origine, che non per l'ulteriore ampliamento della ormai satura compagine sociale nel territorio d'origine.

D'altra parte, l'impulso dell'Unione Bancaria Europea sta sgombrando il campo e avvicinando il momento, allo stesso tempo temuto ed auspicato, dell'aperto confronto concorrenziale transnazionale delle banche europee, e per tale ragione è necessario che le banche italiane si dotino di una disciplina idonea ad affrontarlo. La vigilanza bancaria europea (SSM: *Single supervisory mechanism*), vale a dire il primo pilastro dell'Unione Bancaria Europea ha appunto lo scopo di oltrepassare il preesistente sistema di regole frammentato, per andare verso un quadro normativo comune e condiviso a livello europeo, con l'obiettivo di creare di intermediari europei di dimensioni e di capacità operativa tale da concorrere alla pari con gli altri competitori internazionali, in primo luogo statunitensi e giapponesi.

3. Le novità di disciplina

La principale delle novità legislative introdotte dalla recente riforma delle popolari (decreto legge 24 gennaio 2015 n. 3, convertito in legge 24 marzo 2015, n. 33) è costituita dalla previsione della soglia massima di 8 miliardi, al di là della quale si rende necessaria la trasformazione eterogenea in società per azioni, ovvero la riduzione dell'attivo al di sotto della soglia prima indicata, ovvero la liquidazione volontaria.

Per le società sopra soglia, il termine di adozione di una di tali misure è di 18 mesi dalla data di entrata in vigore della disciplina (20.1.2015), e dunque al 20.7.2016; per le popolari che supereranno la soglia successivamente, il termine di adozione delle misure è di 12 mesi dal superamento.

Quanto al numero di banche popolari che ha raggiunto la dimensione di banche sistemiche, e dunque rilevanti a livello nazionale ed europeo, esse sono oggi 9 su 36, di cui 5 quotate in borsa. Sette di queste nove banche superano il limite di 30 miliardi di euro di attivo, che ai sensi dell'art. 6.4 del regolamento 1024/2013/UE sull'istituzione di un meccanismo di vigilanza unico, comporta il loro assoggettamento alla vigilanza della BCE; l'attivo delle restanti due è comunque superiore a 8 miliardi di euro.

Per la dimensione raggiunta, tutte e nove le banche di cui si discute svolgono la loro operatività sull'intero territorio nazionale, ma alcune di esse hanno già una proiezione transnazionale, mentre il legame originario con il territorio si è, se non reciso, almeno fortemente attenuato.

In sostituzione della precedente disciplina, la l. 33 ha introdotto due regole, agevolative della trasformazione in s.p.a., ovvero di fusione da cui risulti una s.p.a..

La prima è l'art. 31, co. 1, TUB, per il quale le modifiche statutarie necessarie per tali trasformazioni o fusioni (ovvero per le altre determinazioni di cui all'articolo 29, comma 2-ter), sono deliberate, in prima convocazione, con la maggioranza dei due terzi dei voti espressi, purché all'assemblea sia rappresentato almeno un decimo dei soci della banca; mentre, in seconda convocazione, con la maggioranza di due terzi dei voti espressi, qualunque sia il numero dei soci intervenuti all'assemblea.

I quorum costitutivi e deliberativi così previsti rivelano l'evidente volontà di agevolare la trasformazione delle popolari in s.p.a., soprattutto tenuto conto di due fattori. La norma è sicuramente applicabile a tutte le popolari, e non solo a quelle di rilevanza sistemica; la norma ha carattere imperativo, e non appare derogabile dagli statuti.

L'art. 31, TUB, nel testo anteriore alla l. 33/2015, prevedeva invece che le banche popolari potessero trasformarsi in banche s.p.a. o per fusione con una di tali banche, o per autonoma deliberazione dell'assemblea, autorizzata dalla Banca d'Italia, ma solo per ragioni di rafforzamento patrimoniale o nell'interesse dei creditori.

E in effetti, la seconda regola agevolativa della trasformazione di tutte le popolari in s.p.a. è stata posta attraverso l'integrale sostituzione dell'art. 31, TUB, e così con l'abolizione dell'autorizzazione speciale della Banca d'Italia prima prevista alle trasformazioni delle banche popolari in s.p.a. o alle fusioni con banche s.p.a., basata su esigenze di rafforzamento patrimoniale o di razionalizzazione del sistema. La nuova formulazione dell'art. 31, comma 3, si limita a prevedere che alle delibere di trasformazione delle banche popolari in s.p.a. o di fusione con banche s.p.a. si applichino gli artt. 56 e 57 TUB. Si tratta degli articoli che disciplinano il potere generale della Banca d'Italia di autorizzare le fusioni e le scissioni delle banche, autorizzazione che va sempre concessa, con la sola eccezione del contrasto dell'operazione con il criterio della sana e prudente gestione.

Insomma, dalle nuove norme trapela la convinzione, ormai condivisa anche dal legislatore, che il codice organizzativo delle cooperative sia al più adatto solo per le banche piccole o al più medie, convinzione che in definitiva trae fondamento da un giudizio di una duplice inadeguatezza del modello cooperativo per le banche di grandi dimensioni.

Al riguardo, la relazione alla legge di conversione del d.l. ha esplicitamente sottolineato che: *La dottrina italiana in materia di diritto bancario ha segnalato da tempo che le banche popolari hanno solo la forma*

cooperativa e non la sostanza della mutualità, sicché in esse la società cooperativa si presenta come mera forma organizzativa, tanto che si può dire che esse vivono ai margini o all'esterno del fenomeno della cooperazione nel credito e che, conseguentemente, esse non sono tutelate in senso forte dall'articolo 45 della Costituzione, non potendo la norma riferirsi ad ambiti organizzativi nei quali la forma cooperativa è mero schermo della natura sostanzialmente lucrativa dell'impresa. Il cammino verso l'unione bancaria in ambito europeo richiede la razionalizzazione delle forme organizzative dell'impresa bancaria.

Di conseguenza, per le banche di grandi dimensioni, la legge n. 33 ha ritenuto adeguato il solo modello della società per azioni, in quanto rispondente alle esigenze di rafforzamento patrimoniale, che già in precedenza da sole erano in grado di giustificare la trasformazione in spa delle popolari (cfr. il previgente art. 31, TUB), nonché di sana e prudente gestione della banca. Infatti, il modello cooperativo da un lato sarebbe inidoneo ad assicurare un'adeguata capitalizzazione delle banche popolari, e dall'altro a consentire l'efficiente governo societario della banca. Così si esprime esplicitamente il Documento della Banca d'Italia per la consultazione inerente alle disposizioni di vigilanza sulle banche popolari, ove si legge che "il modello di banca popolare, per le sue caratteristiche di assetto proprietario e *governance* (limiti al possesso azionario, voto capitario), è inadeguato per l'esercizio dell'impresa bancaria di grandi dimensioni".

Così, mentre per le popolari di grandi dimensioni, l'inadeguatezza del modello cooperativo alle nuove esigenze imposte dai tempi si traduce nel puro e semplice abbandono di quel modello, e fatta salva la verifica di costituzionalità richiesta dalla Regione Lombardia, ancora al vaglio della Corte costituzionale, per incompatibilità con l'art. 117 Cost.; per le popolari più piccole, quell'inadeguatezza si manifesta attraverso il superamento di divieti prima posti a carico delle cooperative, e dunque con l'assimilazione di norme provenienti dai tipi capitalistici.

Così, allo scopo di rafforzare la patrimonializzazione, sono stati previsti, invero per tutte le banche cooperative (cfr. l'art. 28, co. 2-ter, TUB), limiti al rimborso delle azioni dei soci uscenti, e dunque anche di quelli receduti a seguito della trasformazione, nonché limiti al diritto al rimborso degli altri strumenti di capitale. E qui, siamo in presenza di una soluzione, definita "violenta" da Renzo Costi, la quale in qualche modo rievoca la marcata ostilità dell'ordinamento per il recesso dei soci di spa prima della riforma del diritto societario del 2003, ostilità che, in definitiva, era giustificata proprio in funzione della tutela del patrimonio sociale.

Sul fronte del governo societario, le innovazioni introdotte nella disciplina delle banche popolari non sistemiche (dall'art. 150 *bis*, TUB) riguardano:

- a) la possibilità che gli amministratori possano essere anche tutti non soci (dato il mancato richiamo dell'art. 2542, II e IV co, c.c.);
- b) la possibilità concessa agli statuti di determinare, in deroga all'art. 2539, c.c., il numero massimo di deleghe che possono essere conferite ad un socio; in ogni caso, questo numero non può essere inferiore a 10 e non superiore a 20;
- c) la possibilità di attribuire ai soci persone giuridiche più voti, fino a cinque, in ragione dell'ammontare della quota o del numero dei membri (in forza del persistente richiamo dell'art. 2538, co. 3, c.c.);
- d) la possibilità concessa ai portatori di strumenti finanziari di votare, sia pure con il limite di non più di un terzo dei voti spettanti ai soci, mentre lo statuto può accordare loro il diritto di nominare un terzo dei componenti dell'organo di controllo.

4. Qual è il senso da assegnare a tali novità

Le critiche nei confronti del vecchio modello di governance delle popolari via via crescenti negli ultimi anni, per le quali, a dispetto delle finalità di tutela della cd. democrazia assembleare che quel modello pretendeva di perseguire, gli amministratori delle popolari erano molto più inamovibili dei loro colleghi di s.p.a., quelle critiche sono state per lo più confermate dai fatti. I tentativi, come quello attuato dal governo Monti, di individuare delle soluzioni normative per così dire intermedie, che cioè in qualche modo consentissero di modificare il meno possibile i precedenti assetti corporativi, sono stati superati dall'evoluzione imposta dalla crisi.

L'intervento legislativo del 2015 è stato rivolto in definitiva a consentire da un lato che le banche popolari oramai pervenute a dimensioni sistemiche possano consolidare e, semmai addirittura incrementare la loro situazione di mercato: a tal fine, con l'imposizione della trasformazione obbligatoria in s.p.a., il legislatore intende eliminare le barriere normative al loro massimo rafforzamento patrimoniale e alla loro stessa contendibilità, e dunque alla possibilità stessa di ulteriori aggregazioni. La vera finalità della l. 33 è di favorire ulteriori aggregazioni tra le popolari ormai trasformate in s.p.a., superando le rigidità favorite da quelle barriere.

Queste, a ben vedere, sono individuate per lo più proprio in quei tratti che nel tempo erano venuti a caratterizzare la disciplina delle banche popolari,

quali il capitale variabile, il voto capitaro², i limiti al possesso individuale delle quote³, la necessità del gradimento di organi sociali all'ingresso di nuovi soci⁴, la disciplina del recesso del socio, l'affidamento della gestione sociale in maggioranza a soci, la discrezionalità statutaria nel disciplinare le maggioranze necessarie per deliberare le trasformazioni e le fusioni.

Si tratta di caratteristiche strutturali, che rendevano le popolari intrinsecamente meno appetite per il mercato rispetto alle banche ordinarie, specie nella sede degli inevitabili aumenti di capitale che si sono resi e si renderanno necessari per far fronte alle istanze di rafforzamento patrimoniale imposte dalle regole comunitarie, in funzione dell'esigenza di contrastare la persistente crisi economica.

Per le banche popolari di rilevanza sistemica, con la loro trasformazione in spa, l'abbandono di tali caratteri è inevitabile e definitivo, a pena di scioglimento.

Sul fronte delle banche popolari non sistemiche, vi è da chiedersi se sussistano ragioni, diverse dall'opportunità politica, per le quali non debbano valere le considerazioni svolte per le sistemiche.

Uno dei più attenti interpreti della disciplina delle popolari, Renzo Costi, ha, in un suo recente scritto, rivendicato con forza il perseguimento dello scopo mutualistico da parte delle popolari, ed in ciò ha rinvenuto le ragioni della persistenza della loro disciplina e della critica della stessa trasformazione forzata delle popolari sistemiche.

Al riguardo, la mia personale convinzione non è mutata rispetto a quella già espressa al riguardo in uno scritto di alcuni anni fa: che la situazione delle popolari oggi non è dissimile a quella di tutte le cooperative nel vigore del Codice di commercio del 1882, per il quale le cooperative non erano caratterizzate dal perseguimento di un fine particolare, quanto per le peculiarità della loro struttura, e in particolare modo per l'essere società a capitale variabile.

E' il particolare codice organizzativo e la particolare modalità di svolgimento dell'attività a definire il carattere e la finalità della

² L'art. 30, co. 1, TUB, prevede che ogni socio abbia un solo voto, qualunque sia il numero di azioni possedute, dal che consegue che solo gli azionisti che siano stati ammessi come soci, atteso il gradimento del consiglio di amministrazione, possano esercitare il diritto di voto

³ La l. 33/2015 non ha modificato l'art. 30 TUB, che vieta, nei commi 2 e 2 bis, la detenzione di azioni in misura eccedente l'1% o, in casi particolari, il 3% del capitale sociale.

⁴ L'art. 30, co. 5, TUB, prevede che, per l'ammissione a socio, il consiglio di amministrazione debba esprimere il gradimento, e che può negarlo con delibera motivata in relazione all'interesse della società e allo spirito della forma cooperativa.

cooperazione, e non l'astratta idoneità a perseguire uno scopo, che nei fatti, il più delle volte, non si riesce a distinguere da quello lucrativo, ancorché di esso l'art. 45 della Costituzione fornisca una definizione soprattutto negativa, che non debba perseguire fini di speculazione privata.

La legge 33/2015 ha dato un ulteriore e deciso contributo alla progressiva attenuazione delle regole caratteristiche delle società cooperative presenti nello statuto normativo delle popolari. Sicuramente dal punto di vista della rilevanza economica, il colpo decisivo all'abbandono del modello cooperativo è già stato dato con la trasformazione forzosa delle popolari sistemiche, che comprendo circa il 90% degli attivi complessivi delle banche popolari italiane. Per le banche residue, di minori dimensioni, alle quali non sia stata perciò imposta la trasformazione in s.p.a., va considerato che tutte le popolari progressivamente erano sottratte alla legge Basevi, poi erano state escluse dalla cooperative a mutualità prevalente, mentre successivamente la loro disciplina è divenuta sempre più simile a quella della s.p.a..

Si tratta ancora di cooperative, perché è consentito loro ancora di fregiarsi di tale qualificazione, e per il codice organizzativo residuo che ancora lo consente, nonostante l'accentuazione in tal modo ancor di più del carattere ibrido del modello normativo delle popolari.

Ma la loro progressiva uscita dal movimento cooperativo sembra allo stato solo rimandata, e, si direbbe, per non molto tempo.

LA PARTECIPAZIONE FINANZIARIA NELLE MODERNE TEORIE FILOSOFICHE

Andrea Borroni

Ricercatore di diritto privato comparato e avvocato in Milano

Daniele Teti

Dottore in Scienze Politiche presso la Seconda Università di Napoli

Il dibattito sulla partecipazione dei lavoratori all'impresa e sul suo rapporto con la flessibilità retributiva ha suscitato, negli ultimi anni, un interesse che è andato ben oltre l'ambito strettamente giuridico o politico-sindacale, scomodando, all'occorrenza, filosofi, sociologi e studiosi di economia politica. L'opera e le teorie di Louis Kelso, solo recentemente approfondite in Europa, sono alla base di una crescente discussione e stanno influenzando anche le ultime scelte del legislatore Europeo in tale ambito.

The debate on the employees' participation in the company and on salary flexibility, in the last years, went beyond the legal or political or industrial relation domain, raising interest also in the field of philosophy, sociology, and political economy. The works and theories of Louis Kelso, only now widely studied in Europe, are more and more analyzed and are influencing also the recent legislative productions at the European level.

Sommario:

1. Premessa storica
2. La partecipazione in Italia e il contributo di Luigi Einaudi
3. Martin Weitzman e James Meade
4. Louis Kelso e la teoria binaria
5. Capitalismo e democrazia negli studi dell'intellettuale americano
6. L'idea di proprietà
7. The binary economic fundamentals e la differenza con le teorie "ordinarie"
8. Misure concrete per la realizzazione di una società binaria.
9. Osservazioni conclusive.

1. Premessa storica.

Il dibattito sulla partecipazione e sul suo rapporto con la flessibilità retributiva ha suscitato, negli ultimi anni, un interesse che è andato ben oltre l'ambito strettamente giuridico o politico-sindacale, scomodando, all'occorrenza, filosofi, sociologi e studiosi di economia politica.

A dire il vero, fino a tempi piuttosto recenti, la scienza economica si è raramente occupata di partecipazione e, nei pochi casi in cui lo ha fatto, non è riuscita a distaccarsi da un'accezione conflittuale del fenomeno partecipativo, vale a dire, da una netta distinzione tra gli interessi dei lavoratori e quelli dei datori di lavoro¹.

La scarsa attenzione proveniva essenzialmente dal fatto che le dottrine prevalenti (quella liberista di Smith e quella interventista keynesiana), sebbene tra loro distanti in termini di valutazione sull'utilità o meno di azioni correttive del funzionamento del mercato del lavoro, potevano essere accomunate da un sostanziale disinteresse nei confronti dei potenziali vantaggi derivanti da sistemi partecipativi.

Le problematiche del mercato del lavoro, come si vedrà in seguito, furono oggetto di studio sia di Smith, in ben due capitoli dell'opera del 1776 *Inquiry and the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, sia di Keynes, nella celebre *The General Theory of Employment, Interest and Money*, ma nessuno dei due sembrò trovare nei meccanismi partecipativi la risposta adeguata ai loro quesiti.

Alla luce di quanto detto, è ovvio che teorie alternative, tese a favorire meccanismi di partecipazione, abbiano faticato ad affermarsi, e non è un caso che il loro sviluppo sia un fenomeno piuttosto recente².

¹ I numerosi studi a riguardo evidenziano gli aspetti più rilevanti delle cooperative, soprattutto di produzione di beni e servizi, e quelle che fanno riferimento all'autogestione. R. MOLESTI, *Impresa e partecipazione. Esperienze e prospettive*, Franco Angeli, Milano 2006, p. 309 e ss. Queste ultime, hanno origine dall'idea di società autonoma di Proudhon e dalle "falangi e falansteri" di Fourier. Da ricordare anche i contributi di Blanc - con la proposta dei laboratori nazionali - e di Owen con la sua "nuova concezione della società". R. Owen, Per un'analisi storico-politica del cooperativismo B. JOSSA, *L'impresa democratica. Un sistema di imprese cooperative come nuovo modo di produzione*, Carocci, Roma 2008.

² Gli unici contributi di rilievo del XIX secolo sembrano essere quelli di J.H. VON THÜNEN, *Der isolierte Staat in Beziehung auf Landwirtschaft und Nationalökonomie* (1826), II parte, *Der naturgemäße Arbeitslohn und dessen Verhältnis zu Zinsfuß und zur Landrente*, Rostock 1850 e C. BABBAGE, *On the economics of machinery and manufactures* (1832), New York 1971, tr. it. *Sulla economia delle macchine e delle manifatture*, Guglielmo Piatti Editore, Firenze 1834.

2. la partecipazione in Italia e il contributo di Luigi Einaudi

In Italia, il contributo di maggior rilievo, è senza alcun dubbio quello di Luigi Einaudi, una delle figure italiane più rappresentative dello scorso secolo, che in *Lezioni di Politica Sociale* dedicava un intero capitolo allo studio del coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa, soffermandosi, in particolare, sulle opportunità e le problematiche inerenti al *profit-sharing*.

Secondo l'autore la partecipazione agli utili - che veniva definita come «un contratto in virtù del quale il datore di lavoro si impegna a distribuire, in aggiunta al pagamento del salario normale, fra i salariati della sua impresa, una parte degli utili netti, senza partecipazione alle perdite»³ - poteva essere funzionale alle esigenze dei lavoratori e delle imprese solo se strutturata su quattro pilastri essenziali:

- (i) doveva essere il risultato di una libera convenzione tra datore di lavoro e lavoratori⁴;
- (ii) doveva rappresentare una quota aggiuntiva e non sostitutiva del salario «ordinario»⁵;
- (iii) doveva assicurare ai lavoratori di beneficiare agli utili e non alle perdite⁶;

³ L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, ed. speciali Corriere della sera, RCS quotidiani, Milano 2010, p. 146.

⁴ L'idea che la partecipazione dovesse essere facoltativa derivava, come sottolineato dallo stesso autore, dall'inesistenza (o quasi) di sistemi partecipativi obbligatori nel periodo storico in cui Einaudi scrisse l'opera. L. EINAUDI, *op. cit.* p. 146. Attualmente la situazione è completamente differente dal momento che schemi di *profit-sharing* obbligatori per legge sono presenti ad esempio, in Francia, con la c.d. *participation* che impone alle imprese con più di 50 dipendenti la creazione di piani di partecipazione agli utili. Sul tema, R. CARAGNANO, *Il codice della partecipazione. Contributo allo studio della partecipazione dei lavoratori*, Giuffrè, Milano 2011, p. 150 ss. e R. CARAGNANO, A. RUSSO, *Partecipazione finanziaria in Francia tra vecchi incentivi e nuovi divieti*, Dossier ADAPT n. 14 del 1 ottobre 2009.

⁵ L'attualità del pensiero einaudiano è riscontrabile nella Comunicazione della Commissione europea al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni. COM(2002)364. *Quadro per la promozione della partecipazione finanziaria dei lavoratori dipendenti*, in cui si ribadisce che «la partecipazione finanziaria non può essere un sostituto del salario» ma deve «svolgere invece un ruolo completamente diverso, complementare. Ogni reddito derivante dalla partecipazione finanziaria deve essere corrisposto al di fuori del salario fisso, quest'ultimo determinato secondo le norme e le prassi nazionali».

⁶ In questo caso è chiaro che il lavoratore non potrà partecipare alle eventuali perdite poiché non è socio ma, come precisato dall'autore «quasi socio» in quanto «partecipa solo se e quando si ottengono utili» L. EINAUDI, *op. cit.* p. 147.

(iv) doveva costituire una parte degli utili realizzati dall'impresa in un periodo determinato⁷.

Una volta designati i requisiti imprescindibili della partecipazione, l'attenzione dell'analisi einaudiana si spostava su due questioni pratiche - ossia la determinazione della quota effettiva da elargire ai dipendenti e le modalità di assegnazione di tale denaro - che, lungi dall'essere risolte univocamente, attirano ancora oggi l'interesse della dottrina.

La prima, a detta dell'autore, doveva tener conto del "peso" del lavoro e del capitale all'interno dell'impresa (*capitale investito e valore capitalizzato dei servizi dell'operaio*). Tuttavia, la difficoltà di una tale determinazione era ben nota, poiché al capitale investito dall'imprenditore bisognava paragonare non il mero salario dell'operaio bensì una quota che comprendesse anche «i guadagni probabili futuri», «la sua vita probabile lavorativa futura» o, in altri termini, il «valore della sua persona». Non è un caso, infatti, che, al di là di astratte valutazioni, i parametri realmente considerati si riducevano, nella maggior parte dei casi, alle retribuzioni concretamente riscosse dai lavoratori e agli interessi sul capitale investito dai soci⁸.

All'imprenditore, invece, veniva affidato l'onere di scelta - assolutamente discrezionale - tra le molteplici modalità di pagamento esistenti, a partire da quella in contanti, che dava al beneficiario «la sensazione di toccare con mano la somma alla quale [aveva] diritto»⁹, fino a forme più complesse come, ad esempio, il pagamento differito con capitalizzazione.

Tutto ciò ovviamente doveva convergere verso un obiettivo ben preciso: condurre, almeno a livello teorico, al miglioramento delle *performance* aziendali e, conseguentemente, a incrementi reddituali dei singoli lavoratori.

Ma la realtà è raramente conforme alle speculazioni filosofiche e concettuali, e di questo, il genio italiano era ben consapevole, motivo per cui le puntualizzazioni e le delucidazioni risultavano essere parte integrante dell'opera dell'economista.

La fiducia manifestata nei confronti di forme di retribuzione variabili, infatti, non impediva di rilevare perplessità sulla concreta possibilità di

⁷ Cfr. *Ibidem*.

⁸ L'autore descriveva le difficoltà di quantificazione in questi termini: «Il metodo è poco usato, perché pone il problema della capitalizzazione del salario dell'operaio, problema complicato, dovendosi, come nel calcolo per l'indennità per infortunio, tener conto dei guadagni probabili futuri dell'operaio, della sua vita probabile lavorativa futura, e dello sconto dei guadagni medesimi al momento attuale. Calcolo necessario perché al capitale investito dall'imprenditore bisogna paragonare il capitale investito dell'operaio, che non è il suo salario, ma il valore della sua persona». *Ivi* pp. 149-150.

⁹ *Ivi*, p. 153.

materializzazione di queste ipotesi dottrinali; dubbi che “il decano degli economisti italiani”¹⁰ riassume in questi termini: «nella maggior parte dei casi la partecipazione agli utili, se conseguita in modo non contrario a ragione, ossia se proporzionale al peso del lavoro nella produzione del reddito, dà luogo ad una constatazione: la quota attribuita all’operaio singolo è una quantità così tenue, da parer irrilevante in confronto al salario normale, nulla più di una modesta gratificazione, neppure uguale a quei doppi mesi o doppie settimane che la consuetudine ed i contratti collettivi hanno generalizzato in molti paesi»¹¹.

In riferimento a quanto detto, dunque, appare evidente che il fine ultimo della partecipazione einaudiana sia non tanto il beneficio economico del singolo lavoratore («data la modestia del risultato capace solo di creare malcontento») ma, differentemente, un vantaggio congiunto della collettività dei dipendenti (in quanto rappresenta l’unico modo per evitare lo «sminuzzamento della somma» e per ottenere «effetti apprezzabili per il complesso dei lavoratori»). Difatti, si legge nell’opera, «anche se i due obiettivi possono essere conseguiti contemporaneamente», è plausibile «che l’effetto utile dell’impiego a scopi collettivi sia superiore in molti casi, forse nella maggioranza dei casi, a quello dell’impiego individuale»¹².

3. Martin Weitzman e James Meade

Formulazioni teoriche interessanti sugli effetti dei modelli partecipativi sono state anche quelle realizzate negli anni Ottanta da Martin Weitzman in *The Share Economy*¹³ e James Meade nel mondo ideale di *Agathotopia*¹⁴, entrambi consapevoli della necessità di sperimentare nuove regole per colmare le lacune che presenta l’attuale capitalismo.

L’analisi economica di Weitzman parte dal fenomeno della c.d. “stagflazione” - ossia la contemporanea esistenza di elevati tassi di disoccupazione e inflazione - che rappresenta il risultato degli effetti congiunti delle decisioni razionali delle imprese private che agiscono in mercati di concorrenza monopolistica. Le aziende, infatti, come reazione alle

¹⁰ Così definito da W. RÖPKE, in *Civitas humana. I problemi fondamentali di una riforma sociale ed economica*, Rizzoli, Milano-Roma 1947, p. XII.

¹¹ L. EINAUDI, *op. cit.* p. 157.

¹² *Ibidem.*

¹³ L. M. WEITZMAN, *The Share Economy. Conquering Stagflation*, Harvard U.P., Cambridge (Massachusetts) e London 1984.

¹⁴ J. MEADE, *Agathotopia. L’economia della partnership*, Feltrinelli, Milano 1989.

congiunture economiche sfavorevoli, sono portate ad agire prevalentemente sull'offerta dei prodotti e non sul prezzo, creando quindi un fenomeno inflattivo¹⁵. Ovviamente la modifica dell'offerta influirà sui fattori di produzione e, poiché tra i due fattori è il lavoro ad avere i costi più rigidi, si prevede che una simile scelta possa portare ad un calo dell'occupazione di tipo strutturale. Tale riduzione del numero di soggetti occupati, unita al conseguente restringimento della ricchezza a disposizione dei singoli, inciderà in maniera negativa sulla domanda aggregata portando quindi alla recessione¹⁶.

Secondo Weitzman, questo fenomeno altro non è che la «malaugurata conseguenza del sistema di remunerazione salariale»¹⁷, e in quanto tale «costituisce un pericoloso anacronismo che necessita di essere sostituito»¹⁸. Proprio da queste riflessioni nasce l'idea di trasformare la retribuzione classica, o una quota sostanziale di essa, in una retribuzione che sia più o meno collegata ai risultati aziendali.

Per chiarire meglio la sua idea Weitzman utilizza un esempio concreto: ogni dipendente riceve dalla General Motors 24 dollari all'ora, ciò significa che il costo addizionale per un ora di lavoro è proprio di 24 dollari. Naturalmente le ore supplementari del lavoro serviranno per produrre più automobili le quali, se vendute, produrranno un ricavo addizionale. Se, quindi, il ricavo addizionale supererà il costo addizionale allora l'impresa sarà incentivata ad assumere, altrimenti, in caso opposto, ci sarà maggiore disoccupazione, perché, come insegna la vecchia regola di massimizzazione del profitto, l'impresa assumerà o licenzierà finché il ricavo addizionale (proveniente da quell'ora aggiuntiva di lavoro) non sia esattamente pari al costo addizionale dell'ora stessa. Nel caso specifico esattamente 24 dollari.

Naturalmente, il ricavo medio per ora di lavoro sarà più elevato perché dovrà coprire i costi fissi, il capitale, i profitti, ecc. Poniamo ammonti a 36

¹⁵ Cfr. R. MOLESTI, *op. cit.* p. 323. La stessa interpretazione è data da D. CAVALIERI, *Teoria economica. Un'introduzione critica*, Seconda edizione, Giuffrè, Milano 2009, p. 432 il quale spiega il fenomeno della stagflazione ponendo in evidenza il fatto che «una struttura troppo rigida dei costi delle grandi imprese oligopolistiche induce queste a reagire ad ogni loro aumento riducendo la produzione e aumentando i prezzi» anche se, in aggiunta, considera il possibile sviluppo della stagflazione come conseguenza sia della terziarizzazione, vale a dire come effetto di «un'eccessiva contrazione nei paesi economicamente più sviluppati del peso relativo delle attività direttamente produttive (agricoltura ed industria) rispetto alle attività del settore terziario (commercio, turismo, burocrazia, istruzione, assistenza, etc.)» sia «da errori compiuti nell'affrontare l'inflazione».

¹⁶Cfr. R. MOLESTI, *op. cit.* p. 323.

¹⁷ L. M. WEITZMAN, *op. cit.* p. 3.

¹⁸ *Ivi*, p. 46.

dollari.

Ora, per ipotesi, si immagini che il sindacato dei lavoratori dell'automobile decida, in accordo con l'azienda, di pervenire ad un contratto in cui ciascuno dei 500000 lavoratori occupati non riceverà più 24 dollari l'ora, ma, una quota di due terzi del ricavo medio per lavoratore dell'impresa (quindi 1/3 alla General Motors e 2/3 ai lavoratori).

Nell'esempio precedente, il ricavo della Società ammonta a 18 milioni di dollari all'ora (36 x 500 mila): i dipendenti ottengono 12 milioni e i residui 6 milioni sono destinati all'azienda. In virtù di questo nuovo contratto, invece, se la General Motors assumerà un lavoratore addizionale, il ricavo totale crescerà (come prima) di 24 dollari-ora (da 18 milioni a 18 milioni e 24 dollari) ma il costo totale del lavoro aumenterà solo di 2/3 sui 24 dollari totali, vale a dire di 16 dollari all'ora. Di conseguenza, se la General Motors riuscisse a trovare un lavoratore addizionale da assumere, sarebbe in grado di ottenere un profitto di 8 dollari l'ora. Ciò è dovuto al fatto che la paga oraria di ciascuno dei 500001 dipendenti dell'azienda diminuisce di 8/500001 dollari, ossia da 24 a 23,99998 dollari per ogni ora lavorativa¹⁹.

Dalla diminuzione del costo marginale del lavoro, dunque, si creerà un'espansione economica che, in poco tempo, condurrà ad una crescita della domanda di lavoro, la quale, nel medio-lungo termine, porterà alla completa occupazione²⁰.

A questo punto l'onere cadrebbe sui lavoratori, i quali dovrebbero, ad ogni modo, decidere se continuare ad essere remunerati con un sistema di salario fisso (che consentirebbe ad una parte di popolazione di avere un reddito certo ma con una quota quasi permanente di disoccupati) o viceversa ricompensati attraverso una retribuzione flessibile (che porterebbe ad una paga variabile ma assicurando il lavoro a tutti i cittadini)²¹.

Ma per l'autore la scelta non è poi così ardua. Weitzman, infatti, opponendosi alla tesi dei "difensori" del salario ordinario, asserisce che non solo nel sistema retributivo variabile, ma anche in un sistema di retribuzione fissa, la tranquillità dei salariati è solo un miraggio di breve periodo, poiché

¹⁹ Cfr. *Ivi*, 4 ss. Esempio ripreso anche da R. BRUNETTA, *L'economia della partecipazione. Definizione, modelli teorici, applicazioni, legislazione comunitaria e italiana*, Meeting annuale dei giovani imprenditori, Capri, Ottobre 2002 in http://www.giovanimpreditori.org/datidb/userfiles/file/brunetta_capri02.pdf

²⁰ Cfr. R. MOLESTI, *op. cit.* p. 242. In virtù di questo ragionamento Weitzman afferma: «[a] share contract, then, can generally be defined as any payment mechanism where, throughout the life of the contract, worker remuneration varies inversely with firm's employment level, all other things being held constant». L. M. WEITZMAN, *op. cit.* p.84.

²¹ Cfr. R. MOLESTI, *op. cit.* p. 324.

nel medio-lungo termine il rischio tradizionale di perdere il posto di lavoro rimane; i sistemi variabili, invece, attuano, seppur in via mediata, una forma di ammortizzatore sociale che, nei momenti di crisi, trasforma l'incognita di perdere il posto di lavoro, tipica dei sistemi di contribuzione fissa, in una più accettabile diminuzione salariale²².

Infine, l'impresa potrà godere di ingenti benefici e agevolazioni, in quanto l'imprenditore non sarà più il solo a correre il rischio d'impresa, che, a questo punto, sarà ripartito tra tutti i partecipanti²³, i quali essendo retribuiti proporzionalmente alle *performance* aziendali, saranno incentivati a migliorare le proprie prestazioni lavorative.

Sintetizzando, quindi, Weitzman sostiene di risolvere il problema della "stagflazione" modificando il sistema retributivo (che da fisso si trasforma in un sistema flessibile): ciò porterà ad effetti microeconomici (vale a dire ad una riduzione dei costi per l'impresa) che a loro volta incideranno sulla sfera macroeconomica (cioè piena occupazione).

È bene ricordare che la teoria di Weitzman, nonostante non sia unanimemente accettata²⁴, rimane ancora oggi una delle più complete e

²² Buona parte della dottrina, però, ha evidenziato che una partecipazione concepita unicamente come coinvolgimento ai risultati economici dell'impresa non sia sufficiente a far progredire la condizione lavorativa dei dipendenti. Per questi studiosi, infatti, c'è bisogno di una maggiore partecipazione in aspetti organizzativi e decisionali, ma anche nella determinazione degli obiettivi e valutazione dei risultati. S. BLACK - L. LYNCH *How to Compete: The Impact of Workplace Practice and Information Technology on Productivity*, LSE-CEP, discussion paper, n.376, 1997, London, mimeo; C. ICHNIOWSKI - K. SHAW, *Old Dogs and New Tricks: The Determinants of the Adoption of Productivity-Enhancing Work Practices*, Brookings Papers on Economic Activity, Micro, 1995, pp. 1- 66; S. BRUSCO, G. SOLINAS, *Competitività e partecipazione*, Il Mulino, Bologna, 1997; R. LEONI, L. TIRABOSCHI, G. VALIETTI, *Contrattazione decentrata: partecipazione allo sviluppo delle competenze versus partecipazione ai risultati finanziari*, Lavoro e Relazioni Industriali, n.2, 1999, pp.115-152.

²³ Questo aspetto è sottolineato anche da altri intellettuali che considerano la retribuzione variabile come strumento di condivisione del rischio. Tra gli altri A. ICHINO, *Flexible Labor Compensation, Risk Sharing and Company Leverage*, European Economic Review, vol.38, n.7, 1994, pp.1411-1421.

²⁴ Tra i maggiori oppositori alla teoria di Weitzman è da annoverare Nuti, il quale manifesta l'idea che la partecipazione non porti vantaggi superiori ad un sistema retributivo basato sul salario fisso. La critica viene esplicitata sia in M. NUTI, *Codeterminazione, partecipazione agli utili e cooperazione*, in B. JOSSA (a cura di), *Autogestione, cooperazione e partecipazione agli utili*, Il Mulino, 1988 Bologna, sia in M. NUTI, *La partecipazione ai profitti: lavoro certo contro salario certo* in "Politica ed economia", n.9, settembre 1987, p. 71. Idea contraria anche quella di P. DAVIDSON, *The Simple Macroeconomics of a Nonergodic Monetary Economy versus a Share Economy: Is Weitzman's Macroeconomics too Simple?*, Journal of Post Keynesian Economics, vol.IX, n.2, 1986-87, pp.202-215 e W. NORDHAUS,

attuali in riferimento al fenomeno partecipativo²⁵.

Autore per certi versi simile a Weitzman è James Meade. Anche l'economista inglese, infatti, considera la partecipazione come uno strumento da utilizzare necessariamente per colmare le lacune del moderno capitalismo, ma lo fa attraverso uno schema molto più complesso che è possibile definire quasi "immaginario".

Per creare l'isola di *Agathotopia*, o per meglio dire "il buon posto in cui vivere", c'è bisogno di un rinnovamento e di una serie di modifiche incisive all'attuale sistema economico, che dovrebbero assicurare quei mutamenti istituzionali indispensabili per giungere ad una condizione di armonia sociale.

Ma la buona riuscita del suo progetto dipende essenzialmente da tre innovazioni.

La prima, consiste in "una nazionalizzazione alla rovescia" (sottoforma di dividendo sociale) di circa la metà del patrimonio nazionale, la cui gestione è affidata non allo Stato bensì ai cittadini²⁶. Infatti, attraverso una sorta di reddito di cittadinanza, la popolazione potrà ottenere un'entrata del tutto indipendente dal lavoro svolto, che porterà ad un ridimensionamento del settore privato che conserverà soltanto il 50% delle risorse reali della collettività, anziché, come accade nell'attuale capitalismo, detenere una ricchezza pari alla totalità dei beni reali²⁷.

La seconda, si basa su una forte tassazione dei patrimoni ereditari che, rievocando la lezione einaudiana, dovrebbe portare ad una maggiore equità e assicurare un'*eguaglianza ai punti di partenza*²⁸.

La terza, infine, è rappresentata dalla creazione di una particolare

Can the Share Economy Conquer Stagflation?, Quarterly Journal of Economics, vol. 103, n1, 1988, pp.202-217.

²⁵ Addirittura il New York Times in un editoriale del marzo 1985 definì la teoria dell'autore come «Best Idea Since Keynes».

²⁶ Cfr. R. BRUNETTA, *L'economia della partecipazione. Definizione, modelli teorici, applicazioni, legislazione comunitaria e italiana*, op. cit. p. 18.

²⁷ R. BRUNETTA, *L'economia della partecipazione. Definizione, modelli teorici, applicazioni, legislazione comunitaria e italiana*, op. cit. p. 20.

²⁸ L'impostazione di Meade che si sofferma sul concetto dell'uguaglianza ai punti di partenza riecheggia in sostanza e nei toni quella più ampia sviluppata da Einaudi. In riferimento alla tassazione Einaudi si esprimeva con queste parole: «Coloro che hanno fatto le leggi hanno creduto bene che i figli ed i parenti lontani non godano tutto il frutto del lavoro e del risparmio dei loro vecchi e per impedire che le fortune rimangano immobilizzate di padre in figlio nella stessa famiglia», e ancora, «i legislatori hanno creduto bene di dare una tal quale spinta a questo processo naturale, anche per arrivare in tempo a far godere almeno in parte la società intera». L. EINAUDI, op. cit. p. 38.

tipologia di impresa, la c.d. “Labour Capital Partnership” o “Società a compartecipazione lavoro-capitale a remunerazione differita”, che ha il compito di trasformare il sistema di remunerazione del capitale e del lavoro favorendo una condivisione del rischio sociale. Si tratta di una sorta di cooperativa per azioni in cui sia le azioni di lavoro che quelle di capitale godono di diritto di voto.

Grazie a tale rivoluzione, i lavoratori potranno contare su introiti di diversa natura. Le Società, infatti, avranno la possibilità di emettere le azioni di capitale (corrispondenti agli attuali titoli delle S.p.a.), le quali saranno incrementate dalle c.d. azioni di lavoro (che sostituiranno interamente o parzialmente la paga stabilita per contratto). Sia le azioni di capitale sia quelle di lavoro non verranno distribuite in maniera omogenea, dal momento che l'autore prevede un *principio di differenziazione*²⁹, per il quale sono previste disegualianze di remunerazione in proporzione all'anzianità di servizio (nel caso dei dipendenti), o al tempo di possesso delle azioni della Società (nel caso dei capitalisti). Ciò significa che i nuovi soci lavoratori otterranno dei “guadagni” inferiori rispetto ai vecchi dipendenti-azionisti che si sono accollati il rischio di avviare l'impresa, a parità di capitale investito³⁰.

È evidente, dunque, che - a differenza di ciò che accade nelle attuali Società, dove i soci hanno un atteggiamento di completa chiusura nei confronti di nuovi azionisti - la Labour Capital Partnership favorirà l'ingresso di nuovi soggetti nell'azienda dato che questi ultimi, rinunciando ad una remunerazione paritetica, rappresenteranno un costo inferiore per ciascun “proprietario”.

Il risultato finale del processo illustrato da Meade, che in questo punto sembra convergere con il ragionamento di Weitzman, consiste nel raggiungimento della piena occupazione, la quale rappresenta il punto di rottura con il sistema economico classico, in quanto una ipotetica «caduta nella domanda del prodotto di una *società a compartecipazione lavoro-capitale*, di una *cooperativa dei lavoratori* o di un'azienda a *condivisione dei*

²⁹ Cfr. R. MOLESTI, *op. cit.* p. 327.

³⁰ R. BRUNETTA in *L'economia della partecipazione. Definizione, modelli teorici, applicazioni, legislazione comunitaria e italiana*, *op. cit.* p. 19 riassume il principio in questi termini: «Il lavoratore che entra in una partnership aziendale non ha diritto a un numero di “azioni di lavoro” pari a quello dei lavoratori che già fanno parte dell'impresa, anche se svolge un lavoro del tutto uguale. E questo in ragione del fatto che il lavoro in una partnership assume, sotto il profilo del rischio, un ruolo del tutto simile a quello del capitale.

Come in una società per azioni gli azionisti originari che si sono accollati il rischio maggiore di iniziare l'intrapresa ottengono, a parità di capitale investito, una quota azionaria maggiore di quelli che entrano dopo nel capitale, a condizioni di rischio inferiori».

profitti portare[bbe] a una riduzione del reddito del lavoratore, mentre in un'azienda capitalistica a salario fisso tale caduta della domanda porterebbe a una riduzione dell'occupazione. Perciò mentre il rischio di una riduzione del reddito di un lavoratore è più grande nei prime tre casi, il rischio di disoccupazione è minore»³¹.

a) Sebbene, quindi, differenze notevoli siano riscontrabili nelle teorie dei due studiosi - in termini di (i) diversificazione del rischio (riscontrabile nel pensiero di Meade e completamente assente in quello di Weitzman) e (ii) in termini di potere dei lavoratori all'interno dell'impresa (molto più elevato nell'isola di Aghatopia che nella Share Economy³²) - altrettanto innegabili sono le analogie. Entrambi, infatti, vedono nella partecipazione la risoluzione di una serie di problematiche economiche non risolvibili con l'attuale sistema, così come entrambi «ritengono che una forma d'impresa capace di assorbire la disoccupazione senza generare inflazione dovrebbe essere sostenuta decisamente sul piano fiscale»³³. Non è un caso che anche per Brunetta l'obiettivo è comune, ed è la fine della “società dei salariati” e il definitivo rovesciamento di questa tendenza tramite delle radicali riforme istituzionali³⁴.

4. Louis Kelso e la teoria binaria

Riconducibile alle suddette teorie ma con ambizioni notevolmente superiori si presenta invece la “teoria binaria”, ideata e realizzata durante lo scorso secolo da Louis Kelso³⁵.

³¹ J. E. MEADE, *Libertà, eguaglianza ed efficienza*, Feltrinelli Editore, 1995, Milano p. 63.

³² Sulle possibili similitudini e differenze R. BRUNETTA, *L'economia della partecipazione. Definizione, modelli teorici, applicazioni, legislazione comunitaria e italiana*, op. cit. p. 20 ss.

³³ Così M. SIGIANI nella prefazione di J. E. MEADE, *Libertà, eguaglianza ed efficienza* cit. p. 24.

³⁴ Tale auspicio è palese nell'opera di R. BRUNETTA, *La fine della società dei salariati*, Marsilio, Padova 1994 e in R. BRUNETTA, *La mia utopia. La piena occupazione è possibile*, Mondadori, Milano 2014.

³⁵ Louis Kelso, avvocato e filantropo americano, nacque a Denver, in Colorado, dove si laureò nel 1937 e conseguì l'LL. B. nel 1938. Partecipò con la Marina statunitense alla Seconda Guerra Mondiale. Ritornato alla vita civile si dedicò all'attività imprenditoriale - fondando nel 1971 la Kelso&Company - senza, però, abbandonare i suoi studi confluiti poi in numerose opere. Da annoverare: L. KELSO, M. J. ADLER, *The Capitalist Manifesto*, Random House, New York 1958; L. KELSO, M. J. ADLER, *The new capitalists. A Proposal to Free Economic Growth from the Slavery of Savings*, Random House, New York 1961; L. KELSO, P.

Kelso, infatti, non è stato solo il più importante sostenitore di una particolare forma di partecipazione nata nei Paesi di *common law*, vale a dire l'*Employee Stock Ownership Plans* (ESOP), ma, addirittura, ha fatto sì che questi piani divenissero la base per la materializzazione di un nuovo paradigma dell'economia politica alternativo a quello di Smith, di Keynes e alle teorie socialiste.

Tale teoria apparve per la prima volta nel 1958 nel celebre *The Capitalist Manifesto*, e sin da subito si presentò come un'opera estremamente innovativa rispetto alle precedenti.

Nonostante l'idea di Kelso possa essere inserita a buon diritto nelle opere dell'economia classica (perché sorretta dal principio dell'economia di mercato), essa ne prende le distanze su alcuni temi fondamentali, decifrando in maniera differente, e in alcuni casi diametralmente opposta, i fenomeni della società post-industriale³⁶. Allo stesso modo, sembra incolmabile la distanza con l'ideologia marxista, rea di creare una società di uomini privi di libertà politiche ma, soprattutto, di diritti economici³⁷.

Ed è proprio il timore, non del tutto infondato, di una possibile affermazione dei paradigmi economici collettivisti in Europa e nel mondo³⁸ che, nell'immediato dopoguerra, spinse l'autore americano a creare un

HETTER, *Two-Factor Theory: The Economics of Reality*, Random House, New York 1967; L. KELSO, P. HETTER, *Democracy and Economic Power: Extending the ESOP Revolution Through Binary Economics*, Ballinger Publishing Co., Cambridge, Massachusetts 1986.

³⁶ Cfr. R. ASHFORD, *The binary economics of Louis Kelso: The promise of universal capitalism*, 22 Rutgers L.J. 8 1990-1991.

³⁷ Si precisa, infatti: «Unless the ultimate resolution of the class war is found in Capitalism through justice for all and with freedom for all, it will be found in socialism and the totalitarian state - that caricature of the classless society in which all men are equally enslaved, for none has the political freedom of a citizen or the economic freedom of a capitalist». L. KELSO, M. J. ADLER, *The Capitalist Manifesto*, cit. p. 267.

³⁸ Nella sua opera, l'autore sottolineava l'incapacità del popolo americano di comprendere la portata del pericolo (derivante soprattutto dalla Russia sovietica) in questi termini: «We might properly begin The Capitalist Manifesto with the statement that the specter of communism is still haunting Europe and the world. Such a declaration should strike terror in the hearts of Americans. But most Americans have been rendered impervious to it by the pervasive feeling that it cannot happen here. Most of us do not realize that something approaching it has already happened here, and that if we continue along the paths we have taken in the last thirty years, we can go even further in the wrong direction. Again, it is our general sense of well-being that prevents us from realizing what has happened to us and what threatens to happen». in Cfr. *Ivi*, p. 16. Concludeva, infine: «though it is fashionable today to believe that we are advancing toward a sound capitalism, an understanding of the principles of capitalism will disclose that we are retreating from it and, instead, advancing toward a socialist state. Never before has a society marched more joyously into ambush by the very forces it implacably opposes but does not recognize». *Ivi*, p. 22.

“contrattare” al ben più conosciuto Manifesto Comunista.

A differenza, però, di quanto accadde nel 1848, l’invito non fu più rivolto alla classe operaia, l’unica legittimata da Marx a «rovesciare l’ordine costituito», bensì al «popolo americano nel suo insieme», reputato ormai maturo per «trovare nell’ordine pre-stabilito le ragioni del suo rinnovamento»³⁹.

Un obiettivo questo che non poté prescindere da una nuova e più moderna visione dei concetti di “democrazia” (che generalmente si analizzava alla luce di forme di governo tipiche dell’antichità come quella ateniese) e di “capitalismo” (spesso associato alle manifestazioni avutesi nel Regno Unito e negli Stati Uniti d’America in epoca moderna), considerati dall’autore le premesse imprescindibili per l’esplicazione della sua teoria.

5. Capitalismo e democrazia negli studi dell’intellettuale americano

Il rapporto tra capitalismo e democrazia è un tema centrale della teoria binaria. Secondo l’autore, infatti, tra le forme possibili che un’economia industriale può assumere, il capitalismo è l’unica in grado di rappresentare *la controparte economica di ciò che la democrazia è per la politica*⁴⁰.

Almeno nel mondo Occidentale, sembra ormai unanimemente accettata l’idea che la democrazia sia la veste più idonea per lo sviluppo di una società di cittadini eguali in diritti e doveri⁴¹. I tentativi dispotici del passato, anche

³⁹ *Ivi*, p. 14.

⁴⁰ Cfr. *Ivi*, p. 152. Molto simile alla analisi di Kelso, quella di Salvati, il quale crede nel rapporto tra democrazia e capitalismo. Solo il mercato, infatti, può dare ai cittadini indipendenza economica che rappresenta il presupposto imprescindibile di quella politica. M. SALVATI, *Capitalismo, mercato e democrazia*, Il Mulino, Bologna 2009. Contrario a tale idea è, invece, W. STREECK in *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano 2013, pp. 199- 200, che evidenzia come il capitalismo dell’attuale “stato consolidato” non sia più capace di produrre una crescita socialmente giusta e condivisa e, di conseguenza, non può più convivere con la democrazia. In virtù di ciò, lo scenario più probabile sembra essere la definitiva affermazione del modello sociale neoliberista basato su una completa “dittatura del mercato” che, ormai, è immune da qualunque correttivo democratico.

⁴¹ L’autore nelle numerose opere non ha ben chiarito il suo concetto di democrazia che, riprendendo le parole di G. SARTORI in *Elementi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna 1995, p. 33, rappresenta oggi «l’etichetta più indefinita del suo genere». Gli unici elementi che Kelso prende in considerazione, dal punto di vista politico, sono la cittadinanza (concessa a tutti gli uomini) e la conseguente sovranità (che a differenza delle altre forme di governo è nelle mani del popolo), non chiarendo nel dettaglio gli elementi necessari per definire uno Stato come Stato democratico.

quando “benevoli”, non hanno fatto altro che agire in maniera paternalistica, degradando gli uomini a livello di neonati e sostituendosi a loro nella scelta tra il bene e il male e tra il giusto e l’ingiusto⁴². Anche l’oligarchia non ha saputo dar risposte in tal senso, finendo per concedere lo *status* di cittadini solo ad alcuni uomini, privando la massa di libertà politiche e diritti civili. Solo la democrazia, dunque, con il principio cardine del suffragio universale, eleva tutti gli uomini a rango di cittadini, tutti dotati di potere politico e tutti, almeno da un punto di vista teorico, provvisti degli strumenti necessari per partecipare all’autogoverno⁴³.

Ma, a parere di Kelso, la democrazia ha bisogno di una “sottostruttura”⁴⁴ idonea alla sua piena realizzazione e questa non può che essere incarnata dal capitalismo⁴⁵. Grazie alla tutela della proprietà privata il capitalismo è il solo

⁴² Questo atteggiamento fu tipico dei sovrani europei del XVIII secolo, i quali attuarono riforme anche radicali a favore della popolazione non considerata capace di perseguire quegli interessi in maniera autonoma. Tra i casi più eclatanti la Francia di Napoleone III e la Germania bismarckiana. Non è un caso che uno dei più antichi sistemi previdenziali pubblici d’Europa fu ideato e realizzato nel 1883 proprio nella Germania di Guglielmo per volontà di Otto Von Bismarck. La migliore rappresentazione del paternalismo è sicuramente quella offerta da Kant che nell’opera I. KANT, *Sopra il detto comune: “questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica”*, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, UTET, Torino 1965, p. 255, non esita ad affermare: «un governo fondato sul principio della benevolenza verso il popolo, come il governo di un padre verso i figli, cioè un governo paternalistico (*imperium paternale*) in cui i sudditi, come figli minorenni che non possono distinguere ciò che è loro utile o dannoso, sono costretti a comportarsi solo passivamente, per aspettare che il capo dello Stato giudichi in qual modo essi devono essere felici, ed attendere solo dalla sua bontà che egli lo voglia, è il peggior dispotismo che si possa immaginare».

⁴³ Cfr. L. KELSO, M. J. ADLER, *The Capitalist Manifesto*, cit. p. 152. Non sempre però la democrazia è vista come la forma di governo auspicabile. Una delle più importanti critiche al sistema democratico è quella proveniente da Toqueville il quale teme una “dittatura della maggioranza” incline a restringe le libertà dei piccoli gruppi e dei dissidenti. Negli Appunti di Toqueville si legge: «Ho per le istituzioni democratiche un gusto della mente, ma sono aristocratico per istinto, cioè disprezzo e temo la folla. Amo con passione la libertà, la legalità, il rispetto dei diritti, ma non la democrazia. Questo il fondo dell’anima. Odio la demagogia, l’azione disordinata delle masse, il loro intervenire violento e poco lungimirante nelle questioni politiche, le passioni invidiose delle classi basse, le tendenze irreligiose. Questo il fondo dell’anima. Non sono né del partito rivoluzionario, né del partito conservatore. La libertà è la prima delle mie passioni. Questa è la verità». S. FOIS, *Liberalismo e democrazia: quattro interrogativi*, in AA. VV. *La libertà dei moderni tra liberalismo e democrazia*. Atti del convegno di Società Libera, 15-16-17 ottobre 1999 Milano, p. 132.

⁴⁴ Così definita da Kelso in L. KELSO, M. J. ADLER, *The Capitalist Manifesto*, cit. p. 153.

⁴⁵ Lo stesso concetto è ribadito da Adler nella prefazione di L. KELSO, M. J. ADLER, *The Capitalist Manifesto*, cit. pp. 3-4, che precisa: «I slowly came to realize that political democracy cannot flourish under all economic conditions. Democracy requires an economic

sistema economico in grado (i) di consentire alla popolazione di partecipare alla creazione e alla distribuzione di ricchezza, (ii) di distribuire ricchezza in maniera “imparziale” grazie al meccanismo della domanda e dell’offerta, (iii) di limitare le concentrazioni di capitali e, di conseguenza, di allargare la proprietà al maggior numero di uomini e di famiglie possibili⁴⁶.

Per Kelso non c’è dubbio: «la democrazia è l’unica forma di governo perfettamente giusta» così come «il capitalismo è l’unica forma perfettamente giusta dell’economia industriale»⁴⁷.

Come la democrazia è, infatti, un sistema politico in cui è possibile per tutti gli uomini partecipare come *cittadini*, così il capitalismo è un sistema economico in cui è possibile per tutti gli uomini partecipare come *capitalisti*. Come nella democrazia la partecipazione al governo, attraverso il suffragio universale, dà alla cittadinanza la *libertà politica*, così il coinvolgimento dei lavoratori in un’economia capitalistica, attraverso la proprietà del capitale, darà loro la *libertà economica*. Inoltre, se è vero che tramite la democrazia gli uomini possono godere di *uguaglianza politica*, è altrettanto vero che il capitalismo, grazie all’opportunità concessa a tutti di partecipare alla produzione, permette agli individui di raggiungere la reale *uguaglianza economica*⁴⁸.

Ma, a questo punto, il nodo focale da sciogliere riguarda l’accezione kelsoniana del capitalismo, considerato dall’autore come «un’economia in

system which supports the political ideals of liberty and equality for all. Men cannot exercise freedom in the political sphere when they are deprived of it in the economic sphere»

⁴⁶ Cfr. *Ivi*, pp. 152-153.

⁴⁷ *Ivi*, p. 152.

⁴⁸ Cfr. *Ivi*, p. 153. È bene precisare che per uguaglianza economica Kelso considera «the enjoyment by all men of the same economic status and, therewith, of the same opportunities to live well» e per libertà economica «the abolition of all economic slavery, servitude, or dependence». Prefazione di Adler in L. KELSO, M. J. ADLER, *The Capitalist Manifesto*, cit. p.4. Ma il legame tra proprietà e libertà politica era già presente nei discorsi dei patrioti statunitensi nel periodo indipendentistico. John Adams, ad esempio, riteneva che solo la proprietà potesse concedere agli uomini indipendenza e che coloro che ne fossero privi non avrebbero avuto un loro discernimento per poter parlare e votare. In virtù di ciò, considerava indispensabile la concessione di piccoli appezzamenti di terreno alla popolazione, non tanto per cercare una parità di condizioni tra gli uomini, ma proprio per ridurre la povertà ritenuta troppo estesa per l’affermazione dell’autonomia. E. FORNER, *Storia della libertà americana*, Donzelli, Roma 2009, p. 36 ss. Anche autori più recenti si sono dedicati al tema e, tra gli altri, non possono essere trascurati i contributi di Röpke e Don Sturzo. Il primo afferma che «venendo meno la libertà economica – la quale si sostanzia non solo nella libertà dei mercati, ma anche nella proprietà privata – la libertà spirituale e politica perde le sue vere basi» W. RÖPKE, *La crisi sociale del nostro tempo*, Einaudi, Torino 1946, p. 117 così come il sacerdote di Caltagirone, il quale non ostante a considerare la libertà un concetto integrale e indivisibile.

cui gli strumenti di capitale rappresentano la forza produttiva principale e, unitamente alle risorse naturali, costituiscono la principale forma di proprietà produttiva, la quale consente ai proprietari la condivisione della ricchezza prodotta»⁴⁹.

I tratti distintivi di questo nuovo capitalismo sono (a) la proprietà privata degli strumenti di capitale, (b) la massima diffusione possibile di tale proprietà per fornire a tutti l'effettiva partecipazione alla produzione di ricchezza, (c) una distribuzione che sia proporzionale all'apporto dei fattori (capitale e lavoro) inseriti nel processo produttivo, (d) uno standard di vita elevato per tutta la popolazione derivante soprattutto dal possesso di capitale o, addirittura, dalla contemporanea convivenza di capitale e lavoro⁵⁰.

Requisiti, questi, che permettono di distanziare il "capitalismo binario" da quei sistemi economici che si sono avvicinati nel corso degli anni e che, malgrado le profonde divergenze in termini teorici e applicativi, hanno assunto indistintamente e in maniera forse troppo approssimativa, la nomenclatura di capitalismi.

La prima distinzione possibile è con il c.d. "capitalismo primitivo", ossia il capitalismo sviluppatosi in Inghilterra nel XIX secolo e che ha caratterizzato la storia economica britannica fino alla vigilia della Prima Guerra Mondiale. Sebbene questa particolare struttura economica, così come il "capitalismo binario", fosse primariamente basata sul principio della proprietà privata, tuttavia se ne distanziava per la concentrazione senza limitazione di tale proprietà. Di conseguenza, la quasi totalità della ricchezza si raggruppava nelle mani di pochi grandi capitalisti, riservando alle masse di lavoratori uno standard di vita di pura sussistenza⁵¹. Proprio per tale requisito, secondo Kelso, il sistema primitivo non poteva sopravvivere a lungo data la modalità di proprietà e la forma di distribuzione (monopolio – oligopolio)⁵² non funzionali alla realizzazione della produzione e del consumo di massa tipici, invece, del sistema binario⁵³.

⁴⁹ L. KELSO, M. J. ADLER, *The Capitalist Manifesto*, cit. pp. 103-104.

⁵⁰ Cfr. *Ivi*, p. 119 ss.

⁵¹ Cfr. *Ivi*, pp. 117-118.

⁵² Tra i primi atti in tema di concorrenza negli Stati Uniti, degno di nota è sicuramente il celebre *Sherman Act*, il quale si poneva come obiettivo principale la lotta all'attività di monopolizzazione definita illegale e ingiusta. Nonostante le ambizioni e le aspettative, il provvedimento presentava notevoli lacune applicative e scarsa efficacia, motivo per cui fu successivamente integrato dal *Clayton Act* del 1914 e dal *Federal Trade Commission Act*. E. GHIROTTI, *Il patto di non concorrenza nei contratti commerciali*, Giuffrè, Milano 2008.

⁵³ Non è un caso che l'autore evidenzi: «The economic hardship, or, worse, the abject misery of the great mass of men, was the immediate consequence of the injustice that was

Altra forma singolare di “capitalismo” è quella creatasi nella russa sovietica nei primi anni del XX secolo, definita dall’autore come “capitalismo di Stato”⁵⁴, i cui fondamenti consistevano in (i) una proprietà non più privata ma pubblica, (ii) una concentrazione totale di questa proprietà nelle mani delle istituzioni, (iii) un modello di distribuzione della ricchezza che veniva controllato e amministrato dalle autorità statali⁵⁵.

Come emerge chiaramente, il sistema russo⁵⁶ è quasi opposto a quello kelsoniano poiché la proprietà non è lasciata al privato ma è pubblica e, in quanto pubblica, risulta incompatibile con le leggi dettate dal mercato stesso, il quale, in tali condizioni, è destinato a scomparire proprio in virtù di un’estrema concentrazione del capitale, che presenta come intrinseca conseguenza il rischio, ragionevolmente fondato, di porre la popolazione in balia delle scelte dei burocrati e del partito di governo.

L’unico punto di contatto rinvenibile sembra, invece, la missione, non del tutto velata, delle due ideologie di migliorare la situazione economica delle masse, ormai destinate a soccombere in un sistema come quello “primitivo”⁵⁷.

Obiettivo simile, anche se con strumenti differenti, era quello dei teorici

done in the capitalist economies of Great Britain and the United States during the nineteenth century. The cause was not the private ownership of capital, which is as just as the private ownership of labor power; nor was it the purely capitalistic form of distribution, which is also in itself quite just in an economy that is capitalist in its mode of production. The cause was the highly concentrated ownership of capital». *Ivi* p. 112.

⁵⁴ Il concetto di “Capitalismo di Stato” è analizzato anche nelle opere di Lenin che lo inquadra in maniera differente. Per il rivoluzionario russo non c’è dubbio che il capitalismo monopolistico di Stato è l’anticamera e, quindi, la fase storica immediatamente precedente al socialismo. Cfr. V. I. LENIN, *La catastrofe imminente e come lottare contro di essa* (1917), in *Opere scelte*, Editori Riuniti, Roma 1965, p. 830.

⁵⁵ Cfr. L. KELSO, M. J. ADLER, *The Capitalist Manifesto*, cit. p. 118.

⁵⁶ Per approfondimenti sul modello sovietico si veda P. BISCARETTI DI RUFFIA, G. CRESPI REGHIZZI, *La costituzione sovietica del 1977, Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell’URSS*, Giuffrè, 1990, Milano e G. AJANI, *Le fonti non scritte del diritto dei paesi socialisti*, Giuffrè, 1985, Milano.

⁵⁷ Sul modello russo Kelso afferma: «We know that Soviet Russia claims or hopes eventually to be able to give all its families a decent standard of living. But we also know that its economy is based on the abolition of private property in capital instruments, and that it violates the principle of distributive justice insofar as it gives to each according to his needs, not according to his deserts. State ownership of all capital instruments and the governmental distribution of wealth in a charitable fashion may be able to achieve human welfare so far as the general standard of living is concerned, but such concentration of economic and political power in the hands of the officials who manage and operate the machinery of the State cannot help infringing, thwarting, or destroying the freedom of all the rest». *Ivi*, pp. 76-77.

del “capitalismo misto”⁵⁸ degli Stati Uniti *post bellum*. In tal caso, sebbene il principio cardine fosse ancora la proprietà privata, non mancavano ipotesi di interventi diretti da parte delle autorità statali, i quali, a fronte di trascurabili progressi in termini di distribuzione della proprietà, finivano per concedere lavoratori molto più di quello che loro stessi avevano creato grazie soprattutto allo strapotere dei sindacati⁵⁹. Ed è proprio sulla base di questo concetto di distribuzione - non proporzionale ai fattori produttivi forniti dai singoli soggetti nella creazione della ricchezza - che l'autore considera il sistema statunitense come una forma manipolata di capitalismo, data la prevalenza di forme di contrattazione collettiva (su quelle di derivazione privatistica), percepite, dal teorico americano, come “estraneie al mercato” e, di conseguenza, ingiuste⁶⁰.

Nel *Capitalist Manifesto* si sostiene, infatti, che un sistema economico sia *giusto* solo quando riesce a soddisfare tre requisiti⁶¹:

- a. *Principio di distribuzione*. La quota ricevuta da ogni soggetto (sottoforma di salari, dividendi ecc.) dalla produzione deve essere proporzionale al valore del suo contributo alla produzione stessa. Ciò significa che se A, B e C contribuiscono al totale della ricchezza prodotta per una quota pari a 3, 2 e 1, dovranno successivamente ottenere ricchezza in rapporto 3, 2 e 1⁶².

⁵⁸ Il capitalismo misto è definito dall'autore anche come “collective capitalism”, “managerial capitalism”, “laboristic capitalism”, “partly socialized capitalism” e “welfare capitalism”.

⁵⁹ Cfr. *Ivi*, p. 118-119.

⁶⁰ L'autore, inoltre, precisa: «We know that in the United States we have already accomplished what Soviet Russia eventually hopes it can do to provide a generally high standard of living. But we also know that the distribution of wealth in this country has largely been effected by the power of labor unions supported by the countervailing power of government, by redistributive taxation, and by government spending to promote full employment. While more than 90 percent of the wealth is produced by capital instruments, about 70 percent of the resulting income is distributed to labor. Hence while private property in capital instruments still exists nominally, property rights are attenuated or eroded by withholding from the owners of capital the share of the wealth produced that is proportionate to the contribution their property makes». *Ivi*, p. 77.

⁶¹ Questi principi vengono elencati dall'autore in KELSO, M. J. ADLER, *The Capitalist Manifesto*, cit. p. 80.

⁶² Cfr. *Ivi*, p. 82 ss. Nel capitolo 4 del Manifesto, Kelso ricorda che questi principi sono applicabili solo alla c.d. “distribuzione primaria” ossia la distribuzione di ricchezza a coloro che l'hanno prodotta. L'individuo in questo caso acquisisce direttamente e automaticamente la ricchezza che ha prodotto col suo lavoro o con strumenti di capitale che, in un'economia di mercato, deriva dal meccanismo della domanda e dell'offerta. Tale distribuzione si distingue dalla “secondaria”, la quale include tutti i trasferimenti di ricchezza diversi da quelli che

- b. *Principio di partecipazione*. Questo coincide con la possibilità data a tutti di produrre ricchezza in maniera coerente con i fattori impiegati (compreso quindi il capitale), e va ben oltre il semplice diritto al lavoro e ad una giusta retribuzione (cioè diritto di sussistenza)⁶³.
- c. *Principio di limitazione*. Impedire a tutti i costi alla proprietà di concentrarsi nelle mani di poche famiglie costringendo le altre a rinunciare alla ricchezza necessaria per una degna sopravvivenza. Un principio che può realizzarsi unicamente attraverso un corposo intervento normativo da parte dello Stato (si veda par. 8)⁶⁴.

Giustizia che sembra risiedere esclusivamente nell'economia binaria, in quanto, secondo l'autore, è l'unica, tra le teorie considerate, idonea al rispetto delle libertà economiche dell'individuo (grazie all'opposizione alle ricette sovietiche e alle miscele economiche del capitalismo misto), ma, allo stesso tempo, incompatibile con le ingiustizie disumane del capitalismo primitivo⁶⁵.

6. L'idea di proprietà

Analogamente a quanto rilevato per il capitalismo e la democrazia, l'economia binaria offre una nuova veste anche ad altri concetti ricorrenti nelle analisi economiche a partire, ad esempio, dal concetto di proprietà.

Kelso definisce la proprietà come «tutto ciò che un uomo possiede, insieme al diritto di controllare, usare, trarre beneficio o smaltire [tale possedimento], in qualsiasi modo lecito egli desidera»⁶⁶.

Questo concetto può esplicitarsi sotto differenti forme che fanno riferimento (i) al *capitale* - declinato nell'accezione di proprietà di risorse naturali (terreni agricoli, minerali, risorse provenienti dall'acqua e dall'aria ecc.) e proprietà di strumenti di produzione (ad esempio macchine, utensili, automezzi) - o (ii) alla *forza lavoro umana*⁶⁷.

risultano dalla partecipazione alla produzione come, ad esempio, trasferimenti all'interno delle famiglie, per successione, per donazione, elemosine ecc. *Ivi*, pp. 58-59.

⁶³ Cfr. *Ivi*, p. 90 ss.

⁶⁴ Cfr. *Ivi*, p. 95 ss.

⁶⁵ Cfr. *Ivi*, p. 116 ss.

⁶⁶ *Ivi*, p. 55.

⁶⁷ Questa è definita anche *Innate Property* che l'autore separa dalla *Acquired Property*, in quanto solo la prima rappresenta ciò che un uomo possiede come parte della sua stessa natura. Tra le forme di proprietà innata è possibile considerare quelle derivanti da fattori quali la

In un libero mercato, in virtù dell'assenza di correttivi esterni, sia lavoro che capitale possono risultare ampiamente diffusi o, al contrario, altamente concentrati. Nelle società del passato, ad esempio, uno dei principali ostacoli era legato alla "proprietà" della forza lavoro umana, la quale si concentrava nelle mani di pochi, data l'esistenza della schiavitù e, di conseguenza, data l'impossibilità da parte degli uomini di utilizzare liberamente e in maniera autonoma le proprie forze. Molto diversa è, invece, la situazione nelle attuali economie, in cui il vero tallone d'Achille è, secondo Kelso, rappresentato dalla mancata distribuzione del capitale. Sembra, infatti, che circa l'1% della popolazione mondiale possieda il 50% della ricchezza e, addirittura, il 10% ne detenga il 90%⁶⁸.

Un problema questo reputato di fondamentale importanza già negli scorsi decenni, spesso caratterizzati dalla presenza di un piccolo gruppo benestante e una massa di popolazione esclusa dalla ripartizione della ricchezza prodotta. Ed è proprio alla luce di ciò che può essere letto il tentativo kelsonianiano di creazione di un modello alternativo di suddivisione della ricchezza, improntato sul già analizzato *principio di distribuzione*, il quale, però, può e deve essere applicato esclusivamente in relazione alla c.d. "distribuzione primaria".

Quando si parla di *primary distribution of wealth* si fa riferimento a tutti quei casi in cui l'individuo acquisisce direttamente e automaticamente la ricchezza (che ha prodotto col suo lavoro o con strumenti di capitale)⁶⁹. È,

forza corporea di un uomo o la sua abilità mentale. Differentemente, si parla di proprietà acquisita quando ci si riferisce a tutti i beni provenienti da fattori esterni. Cfr. *Ivi*, p. 55.

⁶⁸ Cfr. R. ASFORD, *Using Christian Principles to Enhance Economic Theory and Practice: Louis Kelso's Binary Economics as the More Christian and Scientific Way*. Paper presented at the Symposium on "Christianity and Economics: Integrating Faith and Learning in Economic Scholarship" Baylor University; Novembre, 2002, p. 21.

⁶⁹ Per comprendere meglio l'idea dell'autore è bene riprendere un passaggio di grande interesse del Manifesto. «Imagine first the economy of Robinson Crusoe, before the advent of Friday but after he has taken possession of the island, domesticated a few animals, devised some hand tools, etc. All the further wealth he produces comes from the productive use of Crusoe's own capital and labor power. Part of Crusoe's output may be additional capital goods; the rest, consumables. To whom does it all belong? No one would hesitate for a second to give the one and only right answer: Crusoe. A man is justly entitled to all the wealth he himself produces. Imagine next the same island economy complicated by two additional factors. One is Friday, who, for the purposes of the example, shall be Crusoe's chattel slave in violation of his natural rights. The other additional factor is another man, by the name of Smith, whom Crusoe does not enslave. Since Crusoe owns the island, all the capital goods thereon, and the one available slave, Smith enters into an arrangement with Crusoe whereby he will participate in the production of wealth by contributing his own labor power for which, after some bargaining, it is agreed that Smith shall receive some share in the distribution of

infatti, solo con l'impiego di fattori produttivi nella produzione che in capo al soggetto nasce quel particolare diritto di pretendere una quota di "proprietà" proporzionale ai suoi *input*.

Proporzionalità completamente assente nell'economia mista statunitense dato che, sebbene più del 90% della ricchezza creata derivi da apporti di capitale, circa il 70% viene destinato al fattore produttivo lavoro⁷⁰. Un motivo di non poco conto che rende, per ciò che concerne la visione della proprietà, i due sistemi economici del tutto incompatibili, in quanto l'economia binaria ritiene conveniente, dal punto di vista etico ed economico, la ricompensa di una fatica unicamente se tale fatica abbia prodotto ricchezza⁷¹.

7. The binary economic fundamentals e la differenza con le teorie "ordinarie"

Le considerazioni fin qui esplicitate - nonostante facciano comprendere la singolarità della teoria, isolandola dalla gamma dei capitalismi "ordinari" - rappresentano solo nozioni introduttive ad un più ampio ragionamento che

the wealth produced. The fact must be noted that the only way Smith can participate in the production of wealth is by using his own property - the only property he has, namely, his own labor power. Only by contributing his labor can Smith's participation in the production of wealth be the basis for a just claim to a share in the distribution of the wealth produced. CrusoÈs man Friday, his goat, his dog, his tools, and his land all more or less actively participate in the production of wealth. But since their participation does not involve any property on their part, it affords no basis for their claiming a share in the distribution of the wealth produced. Crusoe gives his dog, his goat, and Friday enough to keep them alive and serviceable. Since they participate in production as CrusoÈs property and not independently, he can rightfully claim as his all the wealth they produce. It is his to give them as he pleases or not. But since Smith participates in production, not as CrusoÈs property used by Crusoe but independently and by the voluntary use of his own labor, he has a right to claim a share in the distribution, as Friday, for example, does not. What is Smith's just share? Suppose, in this hypothetical case, that it could be known that the value of Smith's contribution to the total production of wealth was one-tenth of the value of the total final product, the other nine parts being contributed by CrusoÈs own labor and capital (i.e., all the forms of productive property he owns). On that supposition, can there be any doubt at all that Smith's share in the distribution should be one-tenth of the total? If it is evident that a man is justly entitled to all the wealth he produces, does it not follow with equal clarity that, when several men jointly produce wealth, each is justly entitled to a distributive share that is proportionate to the value of the contribution each makes to the production of the wealth in question?» L. KELSO, M. J. ADLER, *The Capitalist Manifesto*, cit. pp. 66-67.

⁷⁰ Cfr. *Ivi*, p. 77.

⁷¹ Cfr. L. KELSO, M. J. ADLER, *The new capitalists*, cit. p. 53.

ruota intorno a tre principi fondamentali, definiti anche *the binary economic fundamentals*.

a. *Lavoro e capitale sono fattori autonomi*. L'economia binaria deve il suo nome proprio all'idea di indipendenza dei due fattori produttivi. Nonostante collaborino insieme, infatti, capitale e lavoro sono dotati di capacità produttiva propria, distinguendosi perfettamente l'uno dall'altro⁷².

L'economia tradizionale ha sempre posto l'accento sul legame intercorrente tra i due elementi e sulla loro capacità di influenzare la produttività che, non a caso, viene definita come la quantità di *output* realizzabili sulla base di una determinata quota di *input* utilizzati nel processo di produzione (*productivity*)⁷³.

Questo ragionamento, sebbene possa sembrare coerente con i principi dell'economia classica, viene osteggiato da Kelso e dai suoi sostenitori che, in linea con l'idea binaria, sostituiscono il concetto di *productivity* con quello di *productiveness*, vale a dire la quantificazione (in termini percentuali) di ciascun elemento (capitale o lavoro) sul totale di entrambi i fattori produttivi⁷⁴.

Per comprendere meglio la differenza tra le due concezioni, il professor Ashford, illustre esperto dell'economia kelsoniana, utilizza un esempio concreto. Un uomo per scavare una buca impiega quattro ore. Con una pala meccanica l'uomo impiegherà soltanto un'ora. Per gli economisti classici (che considerano il fattore capitale come dipendente da quello lavoro) la produttività dell'uomo sarà quadruplicata. Per la teoria binaria (che considera, invece, i fattori come indipendenti) l'uomo ha semplicemente un quarto della produttività che ha il capitale attraverso il macchinario⁷⁵.

b. *La tecnologia rende il capitale molto più produttivo del lavoro*. Negli ultimi anni, infatti, si assiste ad un progressivo passaggio da una partecipazione alla produzione realizzata grazie alla forza lavoro degli uomini ad una partecipazione realizzata prevalentemente grazie all'impiego

⁷² Cfr. R. ASHFORD, *Using Christian Principles to Enhance Economic Theory and Practice: Louis Kelso's Binary Economics as the More Christian and Scientific Way*, cit. p. 15.

⁷³ Di conseguenza, la produttività marginale del lavoro altro non è che l'aumento della quantità prodotta grazie all'inserimento di un'unità supplementare di uno dei due fattori R. ASHFORD, *The Binary Economics of Louis Kelso: A Democratic Private Property System for Growth and Justice*, in JH MILLER, *Curring World Poverty. The new role of property*, Social Justice Review, Saint Louis 1994, p. 109.

⁷⁴ Cfr. *Ivi*, p. 110.

⁷⁵ Cfr. R. H. A. ASHFORD, *The binary economics of Louis Kelso: The promise of universal capitalism*, cit. p. 25.

di fattori di capitale. Questi ultimi saranno destinati ad assumere una importanza sempre maggiore in virtù soprattutto dello sviluppo tecnologico contemporaneo, definito dall'autore come la linfa vitale del capitale, in quanto lo rende sempre più produttivo e concede, a chi lo possiede, maggiori redditi e sicurezza economica⁷⁶. Non è un caso che, nell'opera *The new Capitalists*, l'autore consideri la promozione del progresso tecnologico come uno degli impegni politici principali che il governo deve assumere per favorire lo sviluppo del capitalismo kelsoniano⁷⁷.

c. *Il capitale è strettamente correlato alla crescita*. Nella teoria binaria il capitale assume un rilievo notevole che, a differenza di ciò che accade nelle tradizionali teorie, lo rende pari o, addirittura, superiore al lavoro. Tale considerazione è estremamente interessante anche in relazione al problema di sviluppo posto da Kelso nella sua analisi economica, nella quale considera come ostacolo principale alla realizzazione del binomio benessere-crescita la c.d. *capacità produttiva inutilizzata*, dovuta principalmente all'eccessiva concentrazione di ricchezza⁷⁸.

Ma, per comprendere i passaggi che Kelso reputa necessari al fine di trasformare la società e renderla più produttiva, per prima cosa è indispensabile analizzare le diverse definizioni e le differenti soluzioni che ci vengono offerte dalle varie scuole economiche.

Le dottrine tradizionali utilizzano l'approccio "statico" di capacità inutilizzata, che comprende unicamente i beni esistenti e la manodopera disponibile in un determinato momento⁷⁹.

Isolando queste due variabili, ad esempio, la teoria classica di Smith valuta la capacità inutilizzata come un'anomalia che non dovrebbe persistere

⁷⁶ L. KELSO, P. HETTER, *Equality of economic opportunity through capital ownership*, Robert Theobald, Doubleday & Co., New York 1968, p. 6 in <http://www.kelsoinstitute.org/pdf/equality.pdf>.

⁷⁷ L. KELSO, M. J. ADLER, *The new capitalists*, p. 52.

⁷⁸ Cfr. R. ASHFORD, *Binary Economics and the Case for Broader Ownership* <http://ssrn.com/abstract=877925> presentato nelle versioni precedenti al The Seventh International Post- Keynesian Workshop, June 30 - July 2, 2002, University of Missouri, Kansas City, p. 2.

⁷⁹ Smith, infatti, nell'opera A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, a cura di A. BAGIOTTI, T. BAGIOTTI, UTET, Torino 2001, p. 456 sostiene che gli unici fattori per aumentare la produttività sono il capitale ma, soprattutto, la divisione del lavoro. «Il numero di lavoratori produttivi non può mai essere aumentato di molto se non a seguito di un aumento del capitale», quindi, incremento e progresso delle macchine. Così come «il grandissimo progresso della capacità produttiva del lavoro» unito alla «maggiore abilità, destrezza e avvedutezza» con cui il lavoro è realizzato rappresentano gli «effetti della divisione del lavoro». *Ivi* p. 79.

per lungo tempo, dal momento che i soggetti agiscono in mercati di concorrenza perfetta e, per questo, caratterizzati da massima efficienza⁸⁰. Per i classici, infatti, le attività non produttive, essendo libere da qualsiasi vincolo statale, dovrebbero essere cedute per migliorarne la funzionalità, e l'eventuale chiusura di fabbriche, i licenziamenti, i ridimensionamenti non sono sintomi di una elevata inefficienza, quanto piuttosto un passaggio necessario verso la massima competitività⁸¹.

Ad ogni modo, questa teoria non sembra unanimemente accettata dagli intellettuali e dagli analisti economici.

Una delle più significative opposizioni all'affascinante idea che l'economia lasciata a se stessa possa condurre ad una migliore allocazione di risorse, deriva dalle innovative idee keynesiane, le quali smentiscono pienamente le dottrine precedenti, sostenendo che il mercato sia tutt'altro che competitivo e perfetto e che il suo distorto funzionamento provoca non solo una sottoccupazione, ma, anche, una persistente capacità produttiva non sfruttata⁸².

Malgrado la divergenza tra le due concezioni sia palese e indiscutibile, è altresì fuori dubbio che Keynes, in tema di capacità produttiva, risenta dell'eredità del suo predecessore, dal momento che «guarda solo i grandi aggregati» e non si rende conto di alcuni elementari problemi strutturali.

Dedicandosi, infatti, solo alle “persone” e alle risorse non utilizzate in un dato periodo, l'autore non valuta né l'insieme di conoscenze a disposizione dei soggetti (che comporta l'investimento nella formazione del capitale umano) né il fatto che, senza adeguati strumenti tecnici e *know-how*, non si possano utilizzare materiali inattivi e risorse umane disoccupate⁸³.

Come si può facilmente dedurre, quindi, l'interpretazione keynesiana è comunque molto limitata rispetto a quella binaria poiché ignora completamente una serie di fattori quali la tecnologia che avanza, i

⁸⁰ Cfr. R. ASHFORD, *Binary Economics and the Case for Broader Ownership*, cit. p. 7.

⁸¹ L'intuizione di Smith sta nel fatto di considerare una società basata sulla libera concorrenza e in cui ogni individuo cerca il proprio benessere individuale, come una società perfettamente equilibrata, in cui le risorse vengono spinte in settori che producono beni e servizi di cui si percepisce un maggior bisogno e tolte, invece, a settori in cui si ha un'offerta superiore alla domanda. Tale meccanismo è anche definito come la “mano invisibile del mercato” dal momento che non vi è nessuna istituzione che agisce per permettere un accordo tra i soggetti coinvolti, ma tale obiettivo è raggiunto grazie alle forze impersonali del mercato. Cfr. C. BERETTA, *Introduzione all'analisi economica classica*, EDUCatt., Milano 2010, p. 58.

⁸² Cfr. R. ASHFORD, *Binary Economics and the Case for Broader Ownership*, cit. p. 8.

⁸³ Cfr. H. LEWIS, *Tutti gli errori di Keynes. Perché gli Stati continuano a creare inflazione, bolle speculative e crisi finanziarie*, IBL libri, Torino 2010, p. 31.

cambiamenti nelle abilità e nelle preferenze dei soggetti ma, soprattutto, non considera un modello più ampio di acquisizione del capitale, che, come già osservato, è invece alla base della teoria binaria⁸⁴.

Da una definizione divergente di capacità inutilizzata, non possono che derivare ricette differenti per la risoluzione di tali problematiche economiche.

La prima grande distinzione è che per Keynes le distorsioni e le inefficienze del mercato possono essere parzialmente corrette da una serie di azioni governative dirette⁸⁵, ipotesi non accettata pienamente nell'impostazione di Kelso. Ma la differenza più incisiva è che, nonostante Keynes individui e non neghi affatto - così come avviene nella teoria classica - il fenomeno della capacità inutilizzata, l'autore tende a soffermarsi su un unico fattore produttivo rappresentato dal lavoro, ignorando completamente l'effetto benefico che la distribuzione del capitale può avere sull'economia. È preferibile, scrive Keynes in una sua opera, «considerare il lavoro, compresi naturalmente i servizi personali dell'imprenditore e dei suoi collaboratori, come l'unico fattore di produzione, operante in un dato ambiente di tecnica, di risorse naturali, di beni capitali e di domanda effettiva»⁸⁶.

Anche se differiscono per molti aspetti, dunque, le teorie tradizionali di Smith e Keynes esaminano la produzione solo ai fini della piena occupazione, così che entrambe:

- sostengono il ruolo fondamentale dell'elemento lavoro, relegando quindi il capitale a mero strumento subordinato;

⁸⁴ Cfr. R. ASHFORD, *Binary Economics and the Case for Broader Ownership*, p. 4. L'autore, che considera la ristrettezza di reddito di una gran parte della popolazione come una delle cause principali del mancato sfruttamento di tale capacità, rimarca la differenza di vedute con l'economia classica in questi termini: «Although today's percentages of static unutilized productive capacity may be far smaller than the percentages that prevailed in 1935, most people I know believe that in the fuller, holistic sense of the term, the unutilized productive capacity of major corporations today is far greater than it was during the Great Depression of the 1930s. Despite neoclassical assumptions of rising costs and diminishing returns, much of the unused productive capacity is generally marked by diminishing unit costs and increasing economies of production made unprofitable only by insufficient consumer demand even at discount prices». *Ivi* p. 6.

⁸⁵ Come precisato da M. MORA, *Le leggi e i mercati dell'economia. Microeconomia*, Vol. I, libreria universitaria.it, Padova 2011, p. 48, l'idea di Keynes è concepibile come un "capitalismo saviamente governato" che concedeva allo Stato un ruolo attivo nei mercati, soprattutto nel breve periodo (quello più delicato per l'economia), tenendo presente che tale intervento non doveva essere né eccessivo né doveva persistere a lungo per evitare di creare aspettative non realizzabili.

⁸⁶ J. M. KEYNES, *General Theory of Employment, Interest and Money*, Harcourt, Brace & World, Inc. 1936, New York pp. 213-214 trad. It. di A. CAMPOLONGO, riv. da T. COZZI, Mondadori, 2009, Milano p. 347 e ss.

- ignorano il rapporto positivo tra la distribuzione di acquisizione del capitale e la crescita⁸⁷.

Al primo di questi due assunti la teoria binaria si oppone in maniera concreta offrendo al capitale una differente veste, che lo rende molto più influente nel processo di produzione e nell'aumento delle ricchezze della popolazione. Per i fautori della teoria binaria, il capitale non è solo un moltiplicatore dell'elemento lavoro, ma svolge compiti più importanti.

A conferma di ciò, il professor Ashford, in un suo articolo sull'economia binaria, individua una serie di funzioni che il capitale, valutato come elemento indipendente, può svolgere, tra cui:

- a. sostituire il lavoro, subentrando alle mansioni che precedentemente venivano eseguite dall'uomo;
- b. aiutare l'uomo nello svolgimento delle sue mansioni;
- c. fare il lavoro che l'uomo da solo non potrebbe mai fare;
- d. ampliare la proprietà per permettere di assorbire la maggiore produzione creata dal capitale stesso⁸⁸.

In questo modo, il capitale diviene un elemento paritetico se non addirittura superiore al lavoro⁸⁹. Ma il capitale così considerato diviene anche l'elemento che, secondo il parere di Kelso, ridurrà il grado di capacità non utilizzata, consentendo benessere ma soprattutto crescita, essendo la crescita da un punto di vista binario proprio il risultato di un costante aumento della produttività del capitale e del contemporaneo allargamento della sua proprietà⁹⁰.

⁸⁷ Cfr. R. ASHFORD in *Binary Economics and the Case for Broader Ownership*, cit. p. 9. Kelso si distanzia da tutte le teorie create precedentemente proprio sul punto in cui sono tutte d'accordo e cioè la piena occupazione. Per Kelso questo è un obiettivo ripugnante, inadeguato e socialmente pericoloso poiché eleva il lavoro fine a sé stesso. L'obiettivo della produzione per Kelso è il consumo.

⁸⁸ Cfr. *Ivi*, p. 13.

⁸⁹ Diviene elemento prevalente sul lavoro perché con la valutazione indipendente dei due elementi, il capitale assume sempre più importanza nei processi produttivi. Tale fenomeno è dovuto, *in primis*, al progresso tecnologico che rende il lavoro molto meno rilevante rispetto al capitale. Kelso afferma che se in condizioni di libero mercato, il novanta per cento dei beni e servizi vengono prodotti da *input* di capitale, il novanta per cento dei guadagni dei lavoratori deve fluire a loro come salario del loro capitale e il resto come salario del proprio lavoro. L. KELSO & P. KELSO, *Democracy and economic power: extending the Esop revolution*, cit. pp. 138-139.

⁹⁰ Come sottolineato da R. ASHFORD, *The Binary Economics of Louis Kelso: A Democratic Private Property System for Growth and Justice*, cit. p. 104. Le teorie tradizionali si avvicinano a quella binaria in quanto sostengono che le economie crescono attraverso aumenti di investimenti, una maggiore produttività del lavoro e una diminuzione dei costi di transazione, ma, se ne differenziano, dal momento che non si interessano al problema della

È infatti ovvio come tra i maggiori ostacoli allo sfruttamento della capacità produttiva inutilizzata ci sia proprio la ristretta capacità di spesa dei consumatori, il cui incremento porterebbe, oltre che al maggior potere di acquisto dei compratori, anche ad una produzione più redditizia, grazie ad una notevole riduzione dei costi unitari⁹¹.

Fino a questo punto la teoria sembra riuscire ad intercettare i problemi derivanti dall'evoluzione della società e delle imprese, offrendo soluzioni accettabili. Ma Kelso va oltre e, in un intreccio affascinante di soluzioni concrete e utopia, cerca addirittura di far fronte alle difficoltà derivanti dalla mancanza di ricchezza dei meno abbienti con una ricetta che tende a lasciare integri i redditi dei più ricchi.

Anche in questo caso la proposta binaria si distanzia dalle scuole tradizionali. Se Smith, appunto, non si pone il problema, confidando sul fatto che il mercato ha la capacità di autoregolamentarsi e quindi anche di riequilibrarsi, la soluzione proposta da Keynes consiste in una *redistribuzione* dei redditi (realizzata tramite lo strumento fiscale), la quale è legata *in primis* a opportunità economiche (con specifico riferimento alla possibilità di sostenere la “domanda effettiva” per perseguire la piena occupazione), ma, altresì, a più generali intenzioni di equità morale⁹². È evidente, però, come tale ipotesi determini, per dirla con Ashford, «una distribuzione di pezzi appartenenti ad una stessa torta, senza crearne dei nuovi»⁹³, conducendo inoltre ad un decremento, non volontario compiuto dallo Stato, dei redditi più alti a favore dei meno elevati.

suddivisione della ricchezza. Questo è anche chiamato da Ashford *principio della crescita binaria*.

⁹¹ È bene considerare che per i sostenitori del paradigma binario, la teoria di Kelso è l'unica capace di portare un vero progresso. Essa, infatti, porta ad un aumento della domanda dei fattori produttivi per produrre beni capitali, in quanto la determinazione di tale domanda in un dato momento deriva dalla domanda prevista per i beni di consumo futuri. Di conseguenza, quando esiste una forte concentrazione, non è possibile incrementare questa domanda nel periodo considerato perché i lavoratori non hanno alcuna prospettiva di consumo negli anni successivi. Cfr. R. ASHFORD, *Binary Economics and the Case for Broader Ownership*, cit. p.24.

⁹² Cfr. C. DE BONI, *Lo Stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento*. Parte prima, Firenze University Press, Firenze 2009, p. 169. La differenza tra l'etica di Keynes e l'etica kelsoniana è palese. Keynes, infatti, è contrario alle rendite provenienti dalle speculazioni e agli eccessi che si riscontrano nei profitti da capitale poiché questi non sono legati ad alcun merito produttivo. *Ivi*, p. 168. Kelso, invece, rifacendosi ad un proverbio russo afferma «Work does not make a man rich, but round-shouldered». L. KELSO, P. HETTER, *Equality of economic opportunity through capital ownership*, cit. p. 4.

⁹³ R. ASHFORD, *The Binary Economics of Louis Kelso: A Democratic Private Property System for Growth and Justice*, cit. p. 104.

La teoria binaria offre, invece, un'alternativa concreta alla redistribuzione keynesiana, sostituendola con la proposta innovativa della *distribuzione*.

Nonostante i due termini possano sembrare simili, la differenza è notevole in quanto solo la *distribuzione kelsoniana* è frutto di scambi volontari. Non esiste, infatti, nella teoria binaria un diritto assoluto di acquisire proprietà aggiuntive (a danno di altri), ma semplicemente la facoltà di ottenere tali risorse in scambi del tutto volontari, senza nuocere chi già possiede grandi quantità di denaro⁹⁴. Come si può osservare, quindi, non ci si trova per l'ennesima volta davanti ad una teoria atta a “togliere benestanti per ridistribuire ai poveri”; i proprietari non verranno privati in maniera coattiva dei propri redditi ma, anche grazie a incentivi che rendono lo scambio più appetibile, potranno in essere volontariamente delle operazioni (tra cui la vendita di azioni o di fette delle proprie aziende) che in poco tempo condurranno proprio all'obiettivo dell'aumento del potere economico delle classi meno agiate.

Naturalmente questa soluzione è coerente e funzionale al *principio di crescita binaria* che, come visto precedentemente, si distingue dalle altre visioni poiché la crescita è correlata non solo ad un aumento della produttività del lavoro, all'aumento degli investimenti di capitale e all'accelerato progresso tecnologico, ma è anche e soprattutto positivamente collegata all'incremento dell'opportunità di acquisire capitale.

Ed è proprio in virtù della possibilità offerta a tutti di sostenersi grazie al solo fattore capitale, che la teoria binaria riuscirà a marginalizzare anche la piaga della disoccupazione, la quale, come sostenuto da Kelso, diverrà un fenomeno naturale e desiderabile poiché un'economia tecnologicamente avanzata non potrà e non dovrà più preoccuparsi di combattere la mancanza d'impiego ma, semplicemente, dovrà cercare di trasferirla a coloro che possono sostenerla (cioè a coloro dotati già di capitali sufficienti per vivere una degna esistenza)⁹⁵.

Ma questo è solo il punto iniziale di un meccanismo virtuoso che, nel corso degli anni, dovrà consentire il raggiungimento di uno scopo ben più ambizioso del semplice incremento reddituale. Il fine ultimo della teoria, infatti, è il sogno di una società senza classi - non come quella marxista nella quale tutti gli uomini sono egualmente schiavi in virtù dell'assenza di libertà politica ed economica - ma una società in cui tutti i cittadini saranno in grado

⁹⁴ Inoltre Kelso ha un'avversione etica contro la redistribuzione poiché afferma che i presunti benefici enunciati dalle teorie tradizionali non possono compensare la negazione del diritto di acquisire capitale. L. KELSO & P. HETTER, *Two factor theory*, cit. p. 32.

⁹⁵ Cfr. L. KELSO, M. J. ADLER, *The new capitalists*, cit. p. 3.

di godere di redditi solidi e rafforzati, attraverso i quali la popolazione potrà liberarsi dalle morse del “lavoro di sussistenza”⁹⁶. In altre parole, si creerà una società di uomini liberi; uomini che, ottenendo ricchezza solo (o prevalentemente) dal fattore capitale, potranno dedicarsi alle c.d. “attività liberali”, ossia quelle attività intellettuali, filosofiche e del pensiero che porteranno ad uno sviluppo culturale e alla creazione dei “beni della civiltà”⁹⁷.

In virtù di quanto detto, dunque, è possibile sganciare la concezione binaria da un’interpretazione utilitaristica, rigida e dogmatica della libertà economica e «affermare, senza equivoci, che l’obiettivo finale del Capitalismo⁹⁸, al di là della creazione di giustizia economica e di libertà, è il godimento del tempo libero» e, in senso più generale e illusorio, di «una buona vita per tutti gli uomini»⁹⁹

8. Misure concrete per la realizzazione di una società binaria.

A questo punto resta da comprendere unicamente come è possibile creare questa “struttura economica ideale” e, soprattutto, quali sono le misure concrete che Kelso reputa necessarie per rivoluzionare la società in senso binario.

Nel capitolo 9 del *Capitalist Manifesto*, l’autore traccia alcune linee guida che gli sforzi congiunti di statisti, legislatori, sindacati, imprenditori, banchieri, filosofi ed educatori dovrebbero promuovere¹⁰⁰. La rivoluzione capitalista, infatti, non può essere imposta dall’alto, ma deve materializzarsi progressivamente come la conseguenza di una trasformazione culturale reputata imprescindibile per l’affermazione della teoria. Dal canto loro, però, le istituzioni potrebbero accelerare questo processo dedicandosi alla promozione di misure specifiche tra cui:

- a. creazione di dispositivi fiscali volti a incrementare i redditi delle famiglie che si trovano al di sotto della soglia di sussistenza;

⁹⁶ Cfr. L. KELSO, M. J. ADLER, *The Capitalist Manifesto*, cit. p. 167.

⁹⁷ Sottolinea Kelso: «We shall speak of “subsistence work” when we mean the activities that are productive of wealth (*i.e.*, the necessities, comforts and conveniences of life); and we shall speak of “liberal work” or “leisure work” when we mean the activities that are productive of the goods of civilization (*i.e.*, the liberal arts and sciences, the institutions of the state and of religion)» *Ivi*, p. 31.

⁹⁸ Per evitare possibili fraintendimenti, l’autore americano precisa che il capitalismo derivante dalla rivoluzione da lui ideata verrà indicato semplicemente come capitalismo con una C maiuscola. *Ivi*, p. 120.

⁹⁹ *Ivi*, pp. 159-160.

¹⁰⁰ Cfr. *Ivi*, p. 178.

- b. regolamentazione efficace dell'economia da parte del governo per garantire che la libera concorrenza sia praticabile in tutti i mercati ad eccezione di quei rari casi in cui, per differenti motivi, i monopoli diventano indispensabili;
- c. riconoscimento da parte del governo del suo obbligo di assicurare a tutte le famiglie la possibilità di partecipare alla produzione di ricchezza in misura sufficiente per ottenere un reddito vitale;
- d. adozione di una legislazione *ad hoc* per far sì che le imprese distribuiscano il 100% degli utili netti agli azionisti per assecondare il *principio di distribuzione*.

Ma, soprattutto:

- aumentare i livelli di piani di *equity-sharing*
- favorire sistemi di credito per promuovere l'accumulazione di capitali dei nuovi proprietari per sostenere i consumi¹⁰¹.

Il primo di questi due punti rappresenta sicuramente l'aspetto più interessante delle riforme auspiccate da Kelso.

In primis, l'autore distingue questa tipologia di piani dagli altri esistenti e, in particolare, da quelli di *profit-sharing*, i quali sono progettati solo per aumentare il reddito a disposizione delle famiglie ma non producono effetti "rivoluzionari". In maniera differente, invece, i piani di *equity-sharing* consentiranno la creazione di una nuova classe di azionisti e, conseguentemente, permetteranno agli uomini, che cominciano la loro carriera lavorativa come semplici dipendenti, di divenire, in poco tempo, proprietari di ingenti interessi di capitale. In altri termini, i piani di *equity-sharing* rappresenteranno il nucleo centrale indispensabile per consentire al lavoratore di vivere in maniera dignitosa dal momento che il suo reddito non dipenderà più da apporti di lavoro ma quasi totalmente da capitale¹⁰². Gli effetti benefici di tali piani sembrano già oggi, a pochi decenni di distanza dall'opera kelsoniana, manifestarsi in maniera concreta in alcune realtà, soprattutto di *common law*, in cui non è raro imbattersi in piani di *equity-sharing* declinati nell'accezione di *Employee Share Ownership Plans* (ESOP)¹⁰³.

¹⁰¹ Le azioni concrete da attuare sono riassunte in L. KELSO, M. J. ADLER, *The Capitalist Manifesto*, cit. pp. 181-182.

¹⁰² *Ivi*, p. 203.

¹⁰³ È opportuno considerare come l'avvento degli ESOP è stato possibile grazie all'incontro tra Kelso e il senatore Long. Si ricorda come in una cena nel 1973 Kelso mostrò il suo piano al senatore che ne restò folgorato. Kelso racconta: «The waiters were standing around waiting for us to get out. It must have been around midnight. Then the senator said to me, "Are you saying that using financing techniques based on a two-factor (labor and things) economic theory can make haves out of the have-nots without taking it away from the haves?"»

Naturalmente l'accrescimento di questi piani non può fare a meno di facilitazioni per l'accesso al credito delle famiglie meno abbienti.

La speranza in questo caso è quella di allargare le agevolazioni previste per l'acquisto di beni durevoli (come ad esempio l'abitazione) agli investimenti in quote o azioni delle Società. Anche perché, come sottolineato dall'autore, per l'acquisto di beni durevoli le fonti di finanziamento idonee alla cancellazione del debito devono essere reperite all'esterno, mentre, azioni o quote hanno la capacità di "ripagare sé stesse". La banca, infatti, abitualmente, concederà i prestiti per l'acquisto dei titoli (sui quali avrà un diritto di pegno) ad un "prezzo" inferiore rispetto ai rendimenti netti che i titoli stessi possono generare¹⁰⁴. Di conseguenza ci saranno notevoli vantaggi sia per le persone a basso reddito sia per le banche.

Le prime, grazie al credito, godranno dell'opportunità di incrementare i loro redditi e di appagare i bisogni insoddisfatti dando il via ad un circolo virtuoso che in pochi anni porterà alla crescita¹⁰⁵.

Le banche, dal canto loro, potranno beneficiare dei proventi derivanti dai

I said, "Senator, you put me to shame. I take three hours to explain something and you cover it in a sentence." "That's the kind of populism I can buy," he said». ANDREW W. STUMPF, *Fifty years of utopia: A half - century after Louis Kelso's The Capitalism Manifesto, A look back at the weird history of the ESOP*, 62 Tax Law. 423 2008-2009. Il senatore, dopo aver accettato pienamente l'idea di Kelso, ha pressato affinché si creasse una legislazione fiscale favorevole per l'introduzione e lo sviluppo degli ESOP, la cosiddetta ERISA.

Oltre agli ESOP sono previsti altri particolari piani: MUSOP (Mutual Stock Ownership Plan) permetterebbe di fornire capitale di credito alle imprese che sono troppo piccole per permettersi un ESOP e contemporaneamente di diversificare il rischio; CSOP (*Consumer Stock Ownership Plan*) ideato per servizi di pubblica utilità banche, assicurazioni, aziende in cui le relazioni a lungo termine tra produttore e cliente sono la regola; GSOP (*General Stock Ownership Plan*) inteso a finanziare grandi progetti di comuni, regioni o governi nazionali; ICOP (*Individual Capital Ownership Plan*) permetterebbe di acquisire la proprietà di aziende private senza necessariamente essere legati all'impresa da rapporto di lavoro o consumo; COMCOP (*Commercial Capital Ownership Plan*) consentirebbe di acquisire la proprietà di strutture in affitto quali uffici, condomini, fabbriche, miniere ecc. da ripartire tra un gran numero di persone al fine di aumentare il loro potere di produrre i redditi di cui hanno bisogno; PUBCOP (*Public Capital Ownership Plan*) permetterebbe di applicare la logica binaria per privatizzare beni pubblici; RECOP (*Residential Capital Ownership Plan*) porterebbe, sfruttando la logica degli ESOP, all'acquisto di case ad un costo inferiore almeno del 25% ai prezzi di mercato. Cfr. R. H. A. ASHFORD, *The binary economics of Louis Kelso: The promise of universal capitalism*, cit. pp. 55 ss. *sub nota* (206 a 212).

¹⁰⁴ Cfr. L. KELSO, M. J. ADLER, *The Capitalist Manifesto*, cit. p. 247.

¹⁰⁵ Non va dimenticato, inoltre, che l'incremento di moneta frutto del sistema binario, secondo Kelso, non produrrebbe alcun effetto inflazionistico nel lungo termine, dal momento che tale incremento è proporzionale alla crescita e destinato all'acquisizione di beni e servizi aggiuntivi. Cfr. L. KELSO & P. HETTER, *Two factor theory*, cit. pp. 96-97.

prestati senza correre rischi eccessivi poiché, in caso di inadempienza del soggetto, potranno godere di un titolo di credito il cui rendimento non è eccessivamente fluttuante. La previsione di un management non più investito del potere di scegliere discrezionalmente se distribuire o meno i dividendi agli azionisti (punto d), infatti, renderà gli “introiti” dei soci molto meno incerti con una garanzia superiore per gli enti finanziatori¹⁰⁶.

Alle suddette previsioni, inoltre, verrà ad essere correlato un sistema di assicurazioni di grande rilevanza composto da differenti piani con scopi ben distinti, come, ad esempio, il *Capital Diffusion Insurance Corporation*, (gestito in prima persona dalla *Federal Housing Administration*) il cui scopo supremo è quello di garantire gli istituti di credito per i mancati pagamenti da parte dei debitori¹⁰⁷, o, addirittura, il piano per la tutela da fallimenti congiunti, atto a salvaguardare le famiglie dal rischio d'impresa¹⁰⁸.

9. Osservazioni conclusive.

Se si dovesse riassumere l'idea di Kelso in poche righe nessuna espressione sarebbe più adeguata di *Intervento minimo ma con regole certe*. Un'espressione che in Europa riecheggia già da qualche anno, ma che sembra rinverdire ogni qual volta gli effetti della recente crisi finanziaria si manifestano.

Adoperarsi per “guarire le ferite del libero mercato” è stato per anni - insieme alla lotta contro il Comunismo di Stato - l'obiettivo dell'ordoliberalismo a cui oggi l'idea kelsoniana può essere certamente ricondotta o, quantomeno, assimilata.

¹⁰⁶ Kelso evidenzia questo punto in L. KELSO, M. J. ADLER, *The Capitalist Manifesto*, cit. p. 251, in cui afferma: «It is the present discretionary right of management to withhold or pay out earnings that contributes substantially to the erratic fluctuation of security values today. The discretionary right of management to withhold or pay out earnings to stockholders at present vitiates the tests used for appraisal purposes in determining loanable values as well as the everyday composite appraisals which underlie market values».

¹⁰⁷ Cfr. *Ivi*, p. 254. Secondo Kelso con tale riforma il credito per i cittadini avrà un costo nettamente inferiore al credito tradizionale, poiché i prestiti sono garantiti da un ente governativo e le banche, essendo assicurate per le eventuali perdite, non avranno alcun motivo di aumentare i tassi di interesse.

¹⁰⁸ Per la realizzazione concreta di tale ipotesi, l'autore immagina una riproposizione dei meccanismi che regolano le assicurazioni sulla vita anche per le eventuali perdite (familiari) congiunte. Si legge, infatti: «Where a household is primarily dependent for support upon its ownership of capital, the primary risk to be guarded against is simply the business risk inherent in a competitive and technologically evolving economy» Cfr *Ivi*, p. 256

Comune ad entrambi è, infatti, la necessità di allontanarsi in maniera equidistante dalla «comunità e socialità della miseria»¹⁰⁹ del socialismo sovietico e «dall'ingordigia e/o l'ignoranza dei manager»¹¹⁰ del liberismo neo-classico, ma anche e soprattutto la lotta contro qualsiasi egoismo *di gruppo* (monopoli, trust, cartelli) o di *classe* (monopolio sindacale)¹¹¹.

Ed è proprio a questi principi, come visto in precedenza, che deve ispirarsi la futura cornice giuridica volta ad assicurare le nuove regole che, in rottura con il passato, non potranno più essere modificate in corso d'opera dagli stessi attori economici. Una rivoluzione che trasformerà completamente il ruolo dello Stato, il quale non sarà più campo e arbitro del gioco, né parte e arbitro del gioco stesso ma, semplicemente, l'incaricato a creare le norme necessarie e funzionali al progresso dei rapporti economici¹¹².

Al perseguimento di tale obiettivo il filantropo statunitense, così come altri grandi autori ordoliberali¹¹³, ha dato indubbiamente il suo apporto innovativo lasciando però alcuni importanti interrogativi agli attenti osservatori a partire, ad esempio, dai molteplici dubbi sulle effettive possibilità di concretizzazione del mondo idilliaco e utopistico rinvenibile nelle sue opere. Ma non solo.

Se da un lato, infatti, l'idea ordo-kelsoniana darebbe strumenti decisivi per l'analisi e la risoluzione di problemi sociali e forse, ad oggi, anche ambientali (grazie alla determinazione di una base giuridica *ad hoc*), dall'altro è innegabile il rischio di incidere in maniera irreversibile sulla neutralità di valori e sull'avalutatività dei ragionamenti economici, necessaria per garantire una conoscenza oggettiva del funzionamento dei mercati. L'autonomia da qualsiasi valore e dalle specificità storiche, politiche

¹⁰⁹ Questa espressione fu usata da L. STURZO, *Stato e Socialismo*, Il Giornale d'Italia, 23 gennaio 1958 in L. STURZO, *Politica di questi anni. Consensi e critiche (Dal gennaio 1957 all'agosto 1959)*, Gangemi, Roma, 1999 p. 373.

¹¹⁰ In questi termini F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008 p. 2 descrive la situazione del liberismo attuale.

¹¹¹ Egoismo di gruppo e di classe considerato da G. PALLADINO, *La recessione economica americana*, Angelo Signorelli Editore, Roma, 1958 p. 179.

¹¹² Cfr. F. FELICE, *op. cit.* p. 104 ss.

¹¹³ Tra le grandi opere degli ordoliberali W. RÖPKE, *Al di là dell'offerta e della domanda. Verso un'economia umana*. Edizioni "Via aperta", Varese 1965; W. RÖPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana*, Il Mulino, Bologna, 2004; W. RÖPKE, *La crisi del collettivismo*, La Nuova Italia, Firenze, 1951; W. EUCKEN, *The Foundation of Economics. History and Theory of Economic Reality*, William Hodge and Co., London-Edimburgh-Glasgow, 1950; F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROSSMAN-DÖRTH, *The ordo manifesto of 1936* in A. PEACOCK, H. WILLGERODT (a cura di), *Germany's Social Market: origins and Evolution*, MacMillan, London 1989.

e culturali è un elemento imprescindibile per una riproduzione certa e reale della realtà¹¹⁴.

Stabilire, dunque, aprioristicamente delle norme rigide che perseguono “valori elevati” può forse aiutare ad abbattere monopoli e cartelli e, in alcuni casi, ad assicurare benessere economico ma, senza alcun dubbio, introdurrebbe giudizi di valore in un contesto scientifico e concederebbe ai governi, o al gruppo di burocrati e intellettuali chiamati a determinare questi valori, un potere tale da restringere la libertà nei rapporti economici in nome del rispetto di principi e regole etiche. Un pericolo che riporta a scenari troppo simili a ciò che gli stessi autori, per anni, hanno cercato di demonizzare.

¹¹⁴ Sull’avalutatività e la neutralità dei ragionamenti economici D. CINTURA, *L’avalutatività nelle scienze sociali. Il problema di un fondamento oggettivo della conoscenza*, Foedus, n.12, 2005 p. 95

LA TUTELA DEI CREDITORI E DEI LEGITTIMARI NEL *TRUST**

Duccio Zanchi

Professore a contratto nell'Università di Siena

Partendo dal dato, oggettivamente rilevabile, per cui si è sovente tentato di utilizzare il trust con intenti fraudolenti, l'autore indaga su quali siano gli strumenti a disposizione dei legittimari e dei creditori nei confronti del disponente, del trustee e dei beneficiari, all'interno di trust che siano formalmente e sostanzialmente legittimi e che vanno dall'azione di riduzione, all'esercizio della tutela invalidativa, al sequestro, all'azione revocatoria.

It happens often that people deals with trusts trying to steal defraud his creditors. Starting from this point of view, the Author examines the instruments provided by the system in favour of creditors and heirs of various individuals like settlor, beneficiaries, trustee and enforcer.

Sommario:

1. Premessa e ambito dell'indagine
2. I legittimari alla morte del disponente
3. Azione di riduzione e azione di nullità
4. Tutela invalidativa e nullità del *trust*
5. Lesione di legittima nei trust *inter vivos*
6. Variazione nella consistenza e nel valore dei beni in trust
7. Legittimario e beneficiario
8. Tutela dei creditori, in generale. I creditori del Disponente
9. L'azione revocatoria
10. L'atto lesivo degli interessi creditori
11. Altri rimedi di tipo invalidativo: l'azione di nullità e il sequestro
12. I creditori del trustee
13. La legge applicabile alla responsabilità del trustee
14. I creditori dei beneficiari
15. La protezione dei beneficiari

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione, debitamente aggiornata, dell'intervento tenuto nel corso del Convegno "Struttura ed evoluzione della fattispecie. Il rapporto con il mandato fiduciario e con il nuovo contratto di fiducia" tenutosi presso la Camera di Commercio di Milano, il 22 e il 23 giugno 2010.

Stante la facilità di reperire le fonti giurisprudenziali, gli estremi della citazione sono forniti solo con riferimento alla pubblicazione in una rivista.

1. Premessa e ambito dell'indagine

Al fine di definire l'ambito dell'indagine, si precisa che è adottata come ipotesi di lavoro quella di fare riferimento a trust correttamente istituiti, supportati da una causa meritevole di tutela,¹ e pertanto non attaccabili sotto il profilo della loro legittimità, né ripugnanti per l'ordinamento. Quindi il ragionamento che segue non prende in considerazione situazioni patologiche o quegli atti di trust che siano posti in essere con intento fraudolento, potenzialmente *sham* o, sotto altro titolo, comunque nulli.

Semmai non appare pleonastico fare un riferimento alla normativa di recente introduzione sulla successione e con la facoltà, riconosciuta a ciascuno di poter scegliere, a determinate condizioni, la legge che regolerà la propria successione. Questo, infatti, ricorrendo le condizioni previste, consente a ciascuno di superare legittimamente i vincoli posti dalla legislazione interna riguardo alle quote di riserva a favore dei legittimari².

È noto e pacifico che il disponente, in forza dell'art. 8 della Convenzione, ha piena libertà di scegliere la legge regolatrice del trust e che questa disciplina "la validità, l'interpretazione, gli effetti e l'amministrazione del trust". È altresì noto che il trust può, entro certi limiti, essere regolato anche

¹ Pertanto si tratta di trust pienamente regolari sotto ogni punto di vista, avendo altresì presente che, nel rispetto dei limiti posti dalla Convenzione, si può ricorrere al trust indipendentemente dalla presenza d'istituti analoghi già presenti nell'ordinamento. Inoltre, sotto altro angolo visuale tutti i trust non si sottraggono a una valutazione della causa degli stessi - per vedere se l'atto che si pone in essere realizza interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento - e il cui ricorrere deve essere valutato sulla base del principio della "causa concreta" intesa quale "scopo pratico del negozio, la sintesi cioè degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, di là dal modello astratto utilizzato".

Anche il trust allora, come atto unilaterale tipico, non può sfuggire al giudizio di liceità e di meritevolezza che, secondo l'elaborazione dottrina e giurisprudenziale, ricorre laddove non vi sia contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume.

² Dal 17 agosto 2015, è in vigore la *Regulation (Eu) N. 650/2012 Of The European Parliament And Of The Council of 4 July 2012*, in materia di successione e di creazione di un certificato europeo delle successioni.

Questo Regolamento si occupa in particolare dell'individuazione del foro competente nel caso di successione di soggetti che abbiano beni in almeno due paesi dell'Unione e mira a dare certezza ai cittadini dell'Unione sulla legge applicabile in questi casi, attraverso l'applicazione di una sola legge regolatrice della successione. Si noti che è possibile sottrarsi legittimamente alla normativa interna in tema di successioni andando a istituire un trust in paesi che pongono limiti all'applicazione di leggi straniere in tema di successioni e di tutela dei creditori: ci riferiamo in particolare ai trust del c.d. modello internazionale. Cfr. LUPOI, *Istituzione del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Milano, 2016, 25 ss.

da più leggi (art.10), sempre riconducibili a paesi che abbiano una legislazione sul trust, ma ciò non sposta i termini dell'indagine³.

D'altra parte le norme di salvaguardia (art.15, 16 e 18) affermano il principio della prevalenza della *lex fori* in determinate materie fra le quali appunto si annoverano (art.15, lett. c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima nonché la tutela dei creditori in caso di (art.15, lett. e) "insolvenza" o "insolvibilità" secondo le traduzioni italiane non ufficiali, *insolvency* o *insolvabilité* nel testo delle due versioni ufficiali, francese e inglese in cui la Convenzione è stata redatta. La traduzione italiana apprestata dall'Associazione Il Trust in Italia, opta per il termine "insolvenza". In altre traduzioni si trova invece il termine "insolvibilità", traducendo alla lettera il termine francese. In diritto italiano in realtà, secondo autorevole dottrina⁴ "l'insolvenza di cui alla legge fallimentare è cosa diversa da quella qualificata con lo stesso vocabolo dal codice civile e alla quale meglio si attaglierebbe la denominazione di 'insolvibilità'". E mentre "insolvenza" – sempre secondo la citata dottrina – si riferisce a un semplice comportamento omissivo, "insolvibile" è chi non può pagare anche se volesse. La questione non è di poco conto perché dalla risposta che si fornisce deriva l'individuazione della legge applicabile che potrebbe essere diversa se si arrivasse alla conclusione che nei rispettivi ordinamenti i termini usati hanno una valenza tecnica riferibile solo all'ipotesi del fallimento. Ora il termine *insolvency* si usa nell'ambito delle procedure concorsuali nei confronti di società (per le persone fisiche si usa *bankruptcy*), ma il termine è usato anche per descrivere la situazione patrimoniale di chi non è comunque in grado di pagare i propri debiti, indipendentemente dal fatto di essere o meno soggetto a fallimento. Quanto a *insolvabilité*, è termine con una valenza generale che si usa per qualunque situazione d'incapacità di eseguire pagamenti, anche se il termine, per le persone fisiche che non esercitino attività d'impresa, è, più propriamente, quello di *surendettement*.

Ciò premesso esamineremo, partitamente, la posizione dei legittimari e dei creditori, di tutti coloro cioè che vantano, a qualsiasi titolo, una posizione creditoria nei confronti dei soggetti del trust.

³ Si ricorda che, in ogni caso, leggi diverse possono disciplinare parti organiche di un atto e non singoli punti.

⁴ PROVINCIALI, Voce "Insolvenza (*dir.priv.*)" in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, 780 ss., Milano, 1971.

I legittimari sono indicati nell'art.536 c.c., e comprendono il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali, gli ascendenti legittimi⁵. Ai figli legittimi sono equiparati i legittimati e gli adottivi. Legittimari sono, secondo la legge, coloro che hanno diritto a una quota, che varia in ragione del loro numero, e del grado di ciascuno di essi, nella successione di un determinato soggetto.

All'interno del trust, i destinatari delle pretese dei legittimari pretermessi, o dei creditori, sono riconducibili a tre categorie: disponente, trustee, beneficiari. La posizione del guardiano risulta, sotto questo profilo, più sfumata atteso che lo stesso non è titolare di poteri di gestione per quanto riguarda il fondo⁶, ma solo di poteri, che possono risultare più o meno incisivi, di controllo che si sostanziano nel prestare o meno il consenso rispetto a certe, rilevanti, decisioni del trustee, ovvero nell'impartire direttive al trustee con riferimento a determinati atti. Inoltre se il guardiano è titolare di poteri personali, che quindi può esercitare nel suo interesse, diventa concettualmente arduo poter valutare la sua responsabilità in ordine all'esercizio degli stessi. Se invece è titolare di poteri fiduciari, come di norma accade, che debbano essere esercitati nell'interesse dei beneficiari, trattandosi pur sempre di una funzione di controllo, bisogna vedere com'è strutturato, in concreto, questo potere. Esso, infatti, di norma è subordinato alla richiesta che il trustee gli faccia in ordine a certe scelte (di acquisto, d'investimento, per esempio) da compiere, e allora risulterà, anche in questo caso, più problematico individuare, nell'espletamento di quest'ufficio, profili di responsabilità, fatto salvo il caso di un comportamento deliberatamente doloso. Quelli del guardiano si pongono invece come autonomi poteri, che lo stesso deve decidere in ogni momento se e come esercitare, quando questi abbia il compito di controllare in generale l'operato del trustee, oppure i bilanci del trust. Questo in via generale, dovendosi comunque far sempre riferimento al singolo trust e a ciò che le clausole dell'atto prevedono. In ogni caso, laddove l'attività del guardiano risulti fonte di responsabilità, per avere egli esercitato dolosamente i suoi poteri, sarà tenuto a rispondere secondo le leggi ordinarie degli eventuali danni arrecati. A questo proposito, dal momento che questa indagine si riferisce ai trust interni, la responsabilità del guardiano verso i beneficiari sarà valutata secondo quanto prevede l'atto.

⁵ La legge 10 dicembre 2012, n. 219 ha voluto eliminare qualsiasi forma di discriminazione tra figli legittimi e figli naturali. Il nuovo testo dell'art. 315 (*Stato giuridico della filiazione*), recita, infatti: "Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico".

⁶ Riconosce la titolarità di poteri di gestione in capo al guardiano LUPOI, *Istituzione del diritto dei trust*, cit.,153, ma limitatamente ai poteri di revoca e di nomina del trustee.

Riteniamo peraltro che il guardiano possa essere chiamato a rispondere per il comportamento tenuto anche nei confronti del disponente. Infatti, il rapporto fra questi due soggetti ha la natura di un mandato con conseguente applicazione delle relative norme di diritto interno. Del resto, la Convenzione, laddove stabilisce che cosa sarà disciplinato dalla legge straniera si riferisce unicamente alla figura del trustee e all'amministrazione del trust laddove, come abbiamo notato, il guardiano svolge una funzione che esula dall'amministrazione in senso proprio, oltre ad essere una figura solo eventuale all'interno del trust.

2. I legittimari alla morte del disponente

Iniziamo dunque dal disponente e dai suoi legittimari, ipotesi che rappresenta il caso più classico e ricco di spunti critici.

A) Inquadrata così la materia, si assume che le pretese dei legittimari vengano in rilievo al momento della morte del disponente⁷. Com'è noto, infatti, il trust può essere istituito *inter vivos* o *mortis causa*. Si parla, in quest'ultima ipotesi, di trust testamentario⁸. Con questa locuzione ci si riferisce in senso stretto a quel trust direttamente istituito da un soggetto attraverso il proprio testamento, assumendo egli stesso il ruolo di disponente, e che si realizza con il conferimento di determinati beni in trust per il vantaggio di taluni (beneficiari) o per il conseguimento di un determinato scopo, e con la nomina a tal fine di un trustee che dia attuazione alla volontà del disponente – testatore. Tale trasferimento di beni si configura come istituzione di erede e, infatti, il trustee diventa un vero e proprio erede testamentario. Tale tesi non è pacifica in dottrina ritenendosi per esempio che mai il trustee, che non si arricchisce a seguito della disposizione testamentaria, possa assumere la qualifica di erede che dovrebbe competere unicamente ai beneficiari⁹. Al di là della correttezza di questo inquadramento

⁷ A parte, infatti, ipotesi residuali di cui diamo conto in prosieguo, il diritto del legittimario sorge al momento dell'apertura della successione ed è in quella sede che può evidenziarsi l'eventuale violazione dei suoi diritti.

⁸ Sul tema si rinvia, anche per la bibliografia, a MONTINARO - ZANCHI, *Successioni mortis causa, trust e vincolo testamentario di destinazione*, e ZANCHI, *Trust testamentario*, in PETRELLI (cur.), *Formulario notarile commentato*, diretto da G. BONILINI, VII, I, 56 ss. Milano, 2011.

⁹ Di seguito la formula elaborata da LUPOI, *L'atto istitutivo di trust*, Milano, 2005: "Art. 1. Istituzione di erede fiduciario

teorico, anche i fautori di questa tesi finiscono poi per convergere sulle conclusioni qui rassegnate.

Ma con trust testamentario si indica anche l'ipotesi che si realizza nominando, nell'atto di ultima volontà, un erede che attui le volontà del *de cuius*. In questo caso, l'erede assumerà il ruolo di disponente che vincolerà in trust i beni ricevuti assumendo il ruolo di trustee¹⁰.

3. Azione di riduzione e azione di nullità

Senza addentrarsi nell'indagine su altre tipologie di testamento (segreto/semisegreto), in questi casi i legittimari pretermessi potranno esperire azione di riduzione nei confronti dell'erede- beneficiario ovvero nei confronti del trustee¹¹.

Infatti, si afferma, la tutela dei legittimari non è principio generale dell'ordinamento italiano. Gli atti di liberalità, contenuti nelle disposizioni testamentarie soggette a riduzione, non sono pertanto nulli o annullabili, ma sono invece validi anche se suscettibili di essere resi inoperanti, in tutto o in parte, nei limiti di ciò che sia necessario per l'integrazione della quota di riserva attraverso l'esercizio del diritto potestativo dell'erede legittimario di chiederne la riduzione. E questa non è un'azione di nullità perché se i

A. Istituisco <nome> mio erede fiduciario con il vincolo di impiegare quanto gli perverrà secondo le disposizioni che seguono, istitutive di trust del quale egli sarà trustee”.

Dello stesso autore vedi anche *Riflessioni sulla “fiducia dopo la morte”*, in *Trusts*, 2007, 333.

¹⁰ A questo proposito si tratta di stabilire se l'erede è un mero fiduciario o un erede gravato e in questo senso occorre risalire alle intenzioni del testatore che possono risultare dal testamento o *aliunde*. In sostanza la domanda cui rispondere è: a beneficio di chi il testatore ha stabilito il *commodum*? Infatti, se il testatore ha voluto beneficiare il fedecommissario (uso questo termine attesa la struttura della fattispecie), in questo caso colui che è designato come erede è un semplice soggetto interposto che non beneficia della disposizione testamentaria. Proseguendo nell'analisi, ove sia rispettata la legittima, anche se l'erede è un mero gravato, il testamento è salvo perché l'erede è libero di onorare la fiducia. Interessanti spunti anche in CARNEVALI, *Alienazione abusiva del fiduciario e revoca di essa ex art. 2901 c.c.*, in *Trusts*, 2007, 556, nota a T. Genova, 23 maggio 2005.

¹¹ T. Lucca, 23 settembre 1997 e T. Venezia, 4 gennaio 2005, secondo cui: «*la lesione delle aspettative del legittimario non determina la nullità del trust, ma la possibilità di applicare le disposizioni del diritto interno strumentali alla reintegrazione della quota riservata ai legittimari*». E inoltre: «*Trattandosi di trust interno, esso è del tutto legittimo anche qualora il suo effetto sia quello di privare un erede del disponente della sua quota di legittima: il legittimario deve agire in riduzione e non per la nullità del trust, qualificando i trasferimenti dal disponente al trustee quali liberalità indirette*».

legittimari non propongono l'azione, o vi rinunciano, le disposizioni restano ferme con tutti i crismi della legalità¹².

Vale la pena di ricordare, per inciso, che i diritti di un legittimario non si ritengono violati laddove il disponente non li abbia rispettati a favore di soggetto nei cui confronti il legittimario stesso sia tenuto a obblighi di mantenimento ex art.433 c.c.¹³. Con riferimento alla risalente sentenza del Tribunale toscano testé citata, ma il discorso vale anche per la più recente sentenza della Corte veneziana, si è sostenuta, in dottrina la tesi della nullità del trust, in base all'art.13 della convenzione dell'Aja¹⁴. Tesi peraltro non è del tutto condivisa da chi, partendo dalla difficoltà di individuare il legittimato passivo dell'azione di riduzione - atteso che il trustee non ha ricevuto nulla a titolo di liberalità, che i beneficiari nulla riceveranno dal *de cuius*, e che probabilmente non avranno ancora ricevuto nulla al momento in cui saranno convenuti in giudizio - ipotizza che sarebbe stato preferibile, accertata la lesione di legittima, impugnare l'atto istitutivo del trust e il relativo programma in quanto lesivo della legittima, riconoscendo allora coerentemente la legittimazione passiva del trustee, e successivamente dar vita a un'azione volta a far valere un credito nei confronti del beneficiario nella misura dell'eccedenza rispetto alla disponibile.

Questo starebbe a dimostrare che l'azione di riduzione non è l'unica alternativa possibile in caso di violazione di legittima anche se, a parte il

¹² A questo proposito, FANTICINI, in *La giurisprudenza recente sui trust interni*, in *Trusts*, 2005, 5, afferma che: «col trust, difatti, non si ha una sostituzione de residuo (ovvero una doppia istituzione di erede con indicazione dell'ordo successiois), bensì una vera e propria acquisizione del patrimonio del *de cuius* da parte del trustee (seppure col vincolo di destinazione caratteristico dell'istituto e col vincolo segregativo che gli è proprio)».

¹³ SESTA, *Codice delle successioni e donazioni*, Milano, 2011, 948.

¹⁴ Cfr. LUPOI, *Foro It.* 2007, I, 3391. Sull'art.13 della Convenzione, cfr., da ultimo, Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, intervenendo su un tema che appariva sostanzialmente assestato in dottrina, afferma invece, senza tentennamenti, che la previsione dell'art. 13 della Convenzione si rivolge «agli Stati e costituisce una norma di preventiva chiusura». Sul punto cfr., da ultimo TONELLI, *Certezze ed incertezze del diritto: Nota a Cass. n. 10105 del 9 maggio 2014 e T.Belluno 16 gennaio 2014*, in *www.ilcaso.it* del 5 novembre 2014, che non condivide del tutto l'arresto della Corte: «Dall'art. 13 derivano allora due possibilità: o lo Stato - legislatore disciplina il trust con norma interna, non potendo certo lo Stato, in quanto tale, altro fare, oppure rimane il potere residuale del giudice che, in assenza di norma interna che regolamenti l'istituto, potrà non riconoscere il trust che produca effetti aberranti». Ancora una posizione diversa rispetto a quella fatta propria dalla Corte, T. Bologna 9 gennaio 2014 cit. ha decretato la non riconoscibilità di un trust interno, per mancanza dei requisiti minimi di cui all'art. 2 della Convenzione, ex art. 13. Sulla stessa linea, in precedenza, anche T. Bologna, 1 ottobre 2003, nonché LUPOI, *Introduzione ai trusts*, Milano, 1994, 148 ss.

precedente, potrebbe essere interesse del legittimario che il trust dal quale non è escluso possano derivargli altri benefici, continui a rimanere in vigore.

In ogni caso il tema dell'azione di riduzione può assumere connotati assai articolati in relazione alla qualificazione che vogliamo dare all'apporto in trust di determinati beni e alle previsioni dell'atto istitutivo dello stesso. Quanto al tema dell'individuazione del legittimato passivo all'azione di riduzione, si è detto che potrebbero essere sollevate, in teoria, sia da parte del trustee che dei beneficiari, eccezioni non peregrine, soprattutto nel caso del trust. Infatti, mentre l'erede fiduciario è un erede a tutti gli effetti – che darà seguito alle disposizioni testamentarie fiduciariamente impartitegli – e pertanto non sussistono incertezze in ordine alla sua legittimazione passiva, in caso di esercizio dell'azione di riduzione, il trustee si pone come un soggetto interposto in quanto diviene titolare dei beni ereditari per attuare il programma del trust a vantaggio di altri soggetti che sono gli effettivi titolari dei *commoda* (i beneficiari). Ciò potrebbe legittimare una condotta ostruzionistica da parte del trustee convenuto in giudizio che potrebbe eccepire il difetto di legittimazione passiva anche se il dato formale (l'istituzione di erede) sembrerebbe non consentire una tale scelta¹⁵. Del resto, nel caso in cui ci si trovi di fronte a un trust in cui l'individuazione dei beneficiari sia rimessa alla discrezionalità del trustee, con designazione da effettuarsi anche in un tempo tale da superare presumibilmente l'aspettativa di vita del legittimario pretermesso, viene naturale chiedersi se questa situazione non porti sostegno alla tesi della legittimazione del trustee, perché altrimenti, laddove prevalessimo la tesi opposta si potrebbe configurare la mancanza di una condizione per l'esercizio dell'azione, ovvero, più fondatamente, la violazione di un principio di ordine pubblico tale da legittimare pertanto un'azione di nullità per violazione dell'art. 13 della Convenzione, nei confronti di quel trust¹⁶. Soluzione che sembrerebbe difficilmente eludibile anche se, com'è noto la tesi della nullità potrebbe non apparire troppo coerente con la previsione del secondo comma dell'art.15 della Convenzione secondo cui “quando le disposizioni del precedente

¹⁵ Al riguardo LUPOI osserva che l'art. 13 della Convenzione può essere applicato dal giudice quando, ad esempio, la particolare configurazione di uno specifico trust renda non esperibile l'azione revocatoria per la difficoltà di individuare il giusto convenuto: LUPOI, *Lettera ad un notaio curioso di trust*, Riv. Notariato, 1998,3,343; e, *La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi*, Trusts, 2005, 333.

¹⁶ Si pensi per esempio a un trust destinato a durare ancora molti anni dopo la morte del disponente – *de cuius* e in cui al trustee sia demandato il compito di scegliere i beneficiari del capitale all'interno di una cerchia prestabilita di soggetti, ma lasciando alla sua discrezionalità la determinazione delle quote di ciascuno.

paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di attuare gli scopi del trust in altro modo”.¹⁷ Vale la pena di ricordare che tale norma aveva appunto lo scopo di “mitigare le disastrose conseguenze che potrebbero derivare dall’applicazione del considerevole numero di norme imperative che potrebbero assumere rilevanza negli ordinamenti di diritto privato degli Stati contraenti, particolarmente nei sistemi di *civil law*”.¹⁸ Ma non è agevole vedere come gli scopi del trust potrebbero essere attuati in altro modo se non appunto individuando nell’erede trustee il soggetto contro cui far valere le pretese dei legittimari lesi nei loro diritti.

4. Tutela invalidativa e nullità del *trust*

Naturalmente questo non esclude che, ricorrendone i presupposti, il legittimario non possa avvalersi della tutela invalidativa della disposizione lesiva, e agire, quindi, anche per far dichiarare la nullità dell’atto di trust laddove questo presenti altri vizi – diversi da quelli testé cennati - che siano comunque suscettibili di produrre questo esito. In questo senso, mentre rispetto a un trust testamentario non sembra concretamente configurabile, per intuibili motivi, il ricorso a una forma di tutela inibitoria, due sentenze del Tribunale di Firenze del 19 settembre 2008 e del 2 luglio 2005 hanno dichiarato la nullità di un trust per incertezza sull’oggetto dei beni conferiti l’una e per l’inidoneità di certi beni (facenti parte di una comunione *pro indiviso*) a essere conferiti in trust¹⁹. A proposito della nullità del trust, categoria che sovente viene invocata, talora a sproposito anche quando ne difettano i presupposti, il trust è regolato da una legge straniera, e quindi la nullità va stabilita sulla base di ciò che essa prescrive. Se pensiamo alle leggi del modello inglese, in primo luogo un trust sarà *void*, o *unlawful*, cioè nullo,

¹⁷ DELI, *Commento all’art. 15 della Convenzione dell’Aja*, in GAMBARO – GIARDINA - PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi Civili Commentate*, 1286 ss.

¹⁸ Sono le parole di VON OVERBECK, *Explanatory Report in Hague Conference in Private International Law, Acts and Documents*, 1985, 403.

¹⁹ Il ricorrere dell’incertezza circa i beni conferiti in trust (*certainty of intention*), o sulla volontà del disponente di dar vita a un trust (piuttosto che a un altro negozio) (*certainty of subject matter*) o, infine, sui beneficiari (*certainty of objects*) fa sì che il trust non venga ad esistenza. (*Knight v Knight* [1840] *Beav* 148, 49 ER 58. Sul tema cfr, da ultimo Cass. n. 15 marzo 2016, n.5068, in tema di donazione di quote ereditarie ancora in comunione, secondo cui: “La donazione di cosa, in tutto od in parte, altrui è nulla per mancanza di causa donandi, salvo che l’altruità del bene sia nota alle parti e risulti dal titolo, traducendosi in una donazione obbligatoria di dare” .

qualora sia “*against the policy of the law to enforce*”.²⁰ oppure quando difetti anche una sola delle tre certezze (dell’intenzione, dei beni e dei beneficiari) ovvero quando il trust è *sham* cioè simulato, quando cioè si realizza una intesa fra disponente e trustee per cui quest’ultimo si pone come l’esecutore della volontà del primo così che in concreto non si è verificato nessuno spossessamento dei beni conferiti e il trust è solo un paravento per continuare a gestire le cose come prima²¹. D’altro canto il trust soggiace

²⁰ J.LAW e E.A.MARTIN, *Oxford dictionary of law*, Oxford, 2009, precisa: «*Such trusts include those that offend the ‘rule against perpetuities’ or the rule against the inalienability or that are contrary to public policy. If a trust is void the property in the trust will normally be held on resulting trust for the settlor or his estate*». Quanto alla giurisprudenza italiana, T. Bergamo 4 novembre 2015, n. 2444: «*È nullo l’atto istitutivo di un trust autodichiarato, poiché difetta del trasferimento dal disponente al trustee*»; T. Piacenza, 6 luglio 2015, n. 539, in *Trusts*, 2016, 62: «*La duplice circostanza che il disponente conservi l’effettivo controllo e la gestione dei beni in trust e che il trustee sia una società costituita ad hoc e senza dipendenti, sebbene deponga per la non effettività del trust, non vale a provare che il trust abbia l’esclusivo scopo di frodare i creditori e dunque sia nullo*»; T. Monza 13 maggio 2015, n. 1425, in *Trusts*, 2016, 58: «*Deve ritenersi nullo il trust autodichiarato il cui scopo proclamato è vincolare la quota di ½ della proprietà di un immobile al soddisfacimento dei bisogni e delle esigenze della famiglia del disponente e il cui effettivo piano causale viene di fatto a coincidere con la mera segregazione dei beni in danno dei creditori, in quanto l’interesse in concreto perseguito attraverso la sua istituzione non è meritevole di tutela da parte dell’ordinamento interno*». E ancora: «*L’inesistenza, l’inefficacia o la nullità dell’atto istitutivo del trust è rilevabile d’ufficio*»; T. Milano 6 maggio 2015 n. 5690: «*È nullo, per mancata coincidenza tra il soggetto intimante il precetto e il soggetto titolare della pretesa munita di titolo esecutivo e per mancata indicazione del rapporto successorio che legittimerebbe il precettante a far valere il diritto, il precetto che il trustee di un trust liquidatorio, in cui è conferito il patrimonio della s.r.l. in liquidazione creditrice, notifica al debitore senza nulla precisare in ordine al rapporto successorio dal lato creditorio e limitandosi a dichiarare di voler agire per il recupero del credito in favore non proprio, bensì della medesima s.r.l. in liquidazione*»; T. Forlì 20 febbraio 2015, n. 249 in tema di trust liquidatorio; T. Roma, 7 gennaio 2015, n. 265: «*È nullo l’atto attraverso cui il disponente, comproprietario di un immobile, conferisce in trust la quota che egli afferma di avere usucapito, ma che spetta ad altro soggetto*». T. Napoli 3 marzo 2014, dichiara la nullità di un trust liquidatorio autodichiarato, istituito quando la società sia già in stato di dissesto perché viola i principi inderogabili di diritto interno inerenti la protezione dei creditori. T. Bolzano, 5 aprile 2013, in *Trusts* 2014, 49: «*Il trust liquidatorio, il cui scopo sia quello di tutelare i creditori ricorrendo alla segregazione patrimoniale di tutto il patrimonio aziendale, istituito quando l’impresa si trova già in stato di insolvenza - ed avrebbe dovuto accedere agli istituti concorsuali - è nullo perché incompatibile con gli artt. 13 e 15 lett. e) della Convenzione dell’Aja*».

²¹ Sulla base di una sentenza (1967) della *Court of Appeal* inglese (*Snook v London and West Riding Investments Ltd*, in *Trusts*, 2006, 286, che si riferisce propriamente alla materia contrattuale (*transaction sham*) si indicano quegli atti «*compiuti allo scopo di generare nei terzi il convincimento che tra i contraenti sia sorto un certo diritto o una certa obbligazione*

anche inevitabilmente alle norme di salvaguardia previste dalla Convenzione (artt.16,17 e 18, oltre che al già citato art. 13) ma le norme imperative interne non potrebbero determinare la nullità dell'atto istitutivo, ma soltanto la sua inefficacia nell'ordinamento italiano.

Infatti, l'art. 15 del testo convenzionale - nell'interpretazione datane dalla sentenza n. 10105 del 2014 della Corte di Cassazione - non sancisce un'invalidità del trust, bensì una sua irricoscibilità (e conseguentemente l'improduttività degli effetti in contrasto) nel nostro Paese²². Non si deve comunque dimenticare che, con riferimento all'art. 15 della Convenzione, il giudice può cercar di attuare gli scopi del trust in altro modo laddove le disposizioni del primo comma della norma citata siano di ostacolo al riconoscimento del trust²³.

5. Lesione di legittima nei trust *inter vivos*

Di là dall'ipotesi del trust testamentario, occorre poi chiedersi se una virtuale lesione della legittima possa verificarsi laddove il disponente, nel corso della sua esistenza, abbia istituito un trust che non rispetti le previsioni di legge riguardo ai soggetti cui la stessa riserva una quota di eredità²⁴.

Poiché la sussistenza della lesione può essere valutata solo all'apertura della successione, l'aver definito un determinato assetto dei propri beni da parte del *de cuius* potenzialmente lesivo dei diritti dei legittimari, non facoltizza questi ultimi a impugnarne le risultanze, vivo il disponente²⁵.

quando invece il diritto e l'obbligazione voluta sono differenti». In materia vedi anche *High Court of Justice, Minwalla v Minwalla*, 3 dicembre 2004; *High Court of Justice, Shalson v Russo-Mimram*, 11 luglio 2003; *Court of Appeal – Lord Denning, Diplock v Russell*, 16 gennaio 1967.

²² Dall'intervento di G. FANTICINI al Convegno annuale di aggiornamento dell'Associazione "Il Trust in Italia", Desenzano del Garda, 29-30 Giugno 2016.

²³ Ma vedi T. Mantova 18 aprile 2011, in *Trusts*, 2011, 529, per cui: «*Il trust liquidatorio carente della clausola che in caso di insolvenza conclamata preveda la consegna dei beni al curatore è nullo ai sensi dell'art. 15 della Convenzione dell'Aja in quanto diretto ad eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale. Tale nullità essendo ab origine rende inammissibile qualsiasi richiesta di 'armonizzazione'*».

²⁴ Nel caso di trust *inter vivos* si parla di lesione virtuale atteso che il diritto del legittimario (e quindi la sua lesione) vengono in rilievo alla morte del disponente atteso che è a quel momento che si dovrà procedere (tenuto conto delle donazioni effettuate in vita) alla valutazione dell'eventuale lesione.

²⁵ T. Udine 17 agosto 2015, n. 1148: «*Il trust discrezionale non garantisce all'erede legittimario quella quota certa e determinata del patrimonio del de cuius che gli attribuisce inderogabilmente il diritto italiano, per cui egli ha interesse a chiedere il ripristino della*

Ciò premesso, si presenta un quadro di una certa complessità. Secondo una teoria, l'azione potrebbe essere esperita dai legittimari, loro eredi o aventi causa, sempre dopo la morte del *de cuius*, laddove si ritenesse di ricondurre l'istituzione di questo tipo di trust fra le c.d. liberalità atipiche (art.809 c.c.) applicando all'azione l'art. 555 c.c. previsto per le donazioni (tipiche) eccedenti la quota di legittima, secondo la tesi del Tribunale di Venezia sopra citato.²⁶

La soluzione prospettata, la qualificazione cioè come liberalità atipica del conferimento in trust, non appare condivisa da chi afferma che questa contrasterebbe col *favor* riconosciuto al trust dalla Convenzione e anche col manifestato intento degli Stati contraenti di non ricondurre il trust nell'ambito delle categorie civilistiche dei sistemi di *civil law*. Peraltro non si può che prendere atto che la donazione è un contratto e che le altre liberalità che esulano da questo schema sono genericamente condotte alla categoria delle liberalità indirette. Non sembra quindi che si possano individuare situazioni intermedie.

Quanto all'individuazione del legittimato passivo dell'azione di reintegro esperita dal legittimario pretermesso, se il trust è stato istituito *inter vivos*, i casi sono due: o, all'apertura della successione, il trust è tuttora esistente, oppure è già cessato. In entrambi i casi, i problemi saranno risolti alla stregua dell'art. 563 c.c. (*Azione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*) e con l'avvertenza che, in materia, non può trovare ingresso il principio della dispensa dalla collazione atteso che, secondo il costante insegnamento della Cassazione, la rinuncia si pone come una clausola del contratto (di donazione) e non può quindi essere validamente apposta in un separato documento²⁷.

In ogni caso occorrerà sempre far riferimento alle previsioni del singolo trust, perché questo potrebbe aver previsto soltanto la presenza di beneficiari

condizione di certezza riconosciuta dalla legge (diritto ad una quota determinata del patrimonio del de cuius) e ritenuta dalla parte stessa preferibile rispetto ad una situazione di incertezza che pure comporti la mera possibilità di un trattamento più vantaggioso»; T. Oristano 27 luglio 2015, n. 567, in Trusts, 2015, 578: «Non sussiste in capo ai figli del disponente l'interesse ad agire per sentire dichiarare la nullità del trust, dalla quale deriverebbe l'inefficacia del trasferimento dei beni al trustee e la conseguente inclusione degli stessi nel patrimonio del disponente, in quanto, in primo luogo, al momento della proposizione della domanda gli attori non vantavano alcun diritto su tali beni».

²⁶ A margine di questa ipotesi si osserva come non appaia applicabile alla fattispecie la previsione del 4° comma dell'art. 563 c.c. (opposizione alla donazione da parte del coniuge e dei parenti in linea retta del donante) in contrasto con la previsione dell'art. 809 c.c..

²⁷ A questo proposito, per tutti cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 1982, 742.

del reddito e una durata collegata all'esaurimento del fondo in trust. Ma si può anche pensare al caso in cui, con il trust, il disponente abbia voluto individuare un mezzo per soddisfare le pretese dei propri creditori e in questo caso le pretese dei legittimari andrebbero insoddisfatte. Sono tutte ipotesi in cui possono variare le modalità da individuare per realizzare la tutela dei beneficiari.

6. Variazione nella consistenza e nel valore dei beni in trust

Sempre dal punto di vista della tutela dei legittimari, ci si chiede se debbano essere valutate le variazioni nella consistenza e nel valore dei beni conferiti in un trust nell'intervallo, potenzialmente anche lungo, che intercorre fra la data d'istituzione del trust e la cessazione dello stesso laddove questa coincida con la morte del disponente. Durante tale intervallo, infatti, è ragionevole pensare che i beni conferiti in trust possano subire variazioni nella loro natura a seguito di vendite, di nuovi acquisti di permutazioni che intervengano, o delle oscillazioni derivanti dagli investimenti di liquidità effettuati. Orbene, tale circostanza non produce conseguenze ove si consideri che, ai fini dell'azione di riduzione, il valore da prendere in considerazione è quello che risulta all'apertura della successione²⁸.

Ora i beni conferiti in trust rappresentano l'oggetto, come abbiamo visto, di donazione indiretta e pertanto chi agisca in riduzione non dovrebbe risentire delle negative conseguenze derivanti da un deprezzamento del valore dei beni donati. In questo caso il legittimario, i cui diritti siano stati violati, potrebbe agire in riduzione contro il trustee in forza del richiamo dell'art.809 c.c. Per quanto riguarda l'oggetto della domanda occorre aver presente che l'azione di reintegro ha natura restitutoria nel senso che, ove positivamente esercitata, consente, a colui che agisce, di acquisire una quota del bene in danno di coloro ai quali era stato attribuito. Orientamento affermato, anche con riferimento alle c.d. donazioni indirette, in una

²⁸ Cass. 17 marzo 2016, n. 5320: «*Nel procedimento per la reintegrazione della quota di eredità riservata al legittimario, si deve aver riguardo al momento dell'apertura della successione per calcolare il valore dell'asse ereditario – mediante la cosiddetta riunione fittizia – stabilire l'esistenza e l'entità della lesione di legittima nonché determinare il valore dell'integrazione spettante al legittimario leso. Peraltro, qualora tale reintegrazione venga effettuata mediante compenso in danaro nonostante l'esistenza, nell'asse, di beni in natura, essa deve essere adeguata al mutato valore – al momento della decisione giudiziale – del bene a cui il legittimario avrebbe diritto, affinché ne costituisca l'esatto equivalente*».

risalente sentenza del Supremo Collegio secondo cui «*nell'ipotesi di acquisto di un immobile con denaro proprio del disponente e intestazione ad altro soggetto, che il disponente medesimo intenda in tal modo beneficiare, con la sua adesione, la compravendita costituisce strumento formale per il trasferimento del bene e il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario e, quindi, integra donazione indiretta del bene stesso, non del denaro. Pertanto, in caso di collazione, secondo le previsioni dell'art. 737 c.c. il conferimento deve avere a oggetto l'immobile, non il denaro impiegato per il suo acquisto.*²⁹».

Con successiva pronuncia, ma con riferimento però alla circolazione di beni di provenienza donativa, la Corte ha affermato che «*alla riduzione di siffatta liberalità indiretta non si applica il principio della quota legittima in natura (connaturata all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile ex art.560 c.c.), poiché l'azione non mette in discussione la titolarità dei beni donati e l'acquisizione riguarda il loro controvalore, mediante il metodo dell'imputazione*» così che la pretesa attrice potrebbe essere soddisfatta con una somma di denaro³⁰.

In concreto dunque può accadere:

che il disponente conferisca in trust una somma di denaro che rimane tale. Il legittimario si rivarrà su questa;

il disponente ha conferito una somma di denaro che il trustee ha impiegato per acquistare un immobile. Il legittimario non può pretendere di vedersi riconosciuta una porzione d'immobile, ma avrà diritto a essere liquidato con una somma di denaro;

il disponente ha conferito un immobile, e allora sarà l'immobile a rientrare nella collazione;

il disponente ha conferito un immobile che è stato venduto dal trustee. È sulla somma ricavata dalla vendita che può rivalersi il legittimario pretermesso;

nell'ipotesi infine di trasformazione o permutazione dei beni in trust l'azione dovrà rivolgersi alla consistenza attuale del fondo.

²⁹ Cass. 5 agosto 1992, n. 9282.

³⁰ Cass. 12 maggio 2010, n. 11496.

7. Legittimario e beneficiario

Una situazione certamente tipica all'interno di un trust è quella in cui il legittimario risulti al tempo stesso titolare di posizioni beneficiarie derivanti dal trust che il *de cuius* abbia istituito. Naturalmente il solo fatto che il godimento di queste sia differito nel tempo rispetto al diritto di entrare subito in possesso della quota a esso spettante, non rappresenta un ostacolo all'esercizio della tutela invalidativa atteso che sembrerebbe, in questa ipotesi, difettare il presupposto per l'esercizio dell'azione di riduzione. Tuttavia non è raro trovarsi di fronte a situazioni in cui, essendo il soggetto che si ritiene in qualche misura leso, anche beneficiario del trust, questo contenga una clausola che comporta la perdita della posizione beneficiaria per il caso in cui il soggetto agisca in riduzione³¹. Di talché il legittimario potrebbe essere distolto dall'intraprendere una tale iniziativa per la perdita che gliene deriverebbe di situazioni potenzialmente più vantaggiose.

Questa cui abbiamo fatto ora cenno, che s'inquadra come clausola di decadenza parziale, configura in sostanza una condizione risolutiva. La stessa è stata ritenuta illecita o lecita a seconda che sia volta a impedire azioni giudiziarie di tipo pubblicistico o privatistico e quindi lecita in questo caso trattandosi pur sempre di rinuncia alla tutela giudiziaria prevista per la tutela di diritti disponibili. La giurisprudenza comunque ha ritenuto illecite le clausole miranti a impedire impugnazioni per vizi della volontà del testatore ovvero l'esperimento dell'azione di riduzione da parte del legittimario, ma, più recentemente il Supremo Collegio, ha ritenuto lecita la condizione risolutiva che vieti al legittimario l'impugnazione del testamento o di una parte di esso a pena della perdita della sola porzione disponibile del lascito³². Conclusivamente, sulla validità di una clausola come quella ipotizzata non vi sono precedenti specifici, anche se in dottrina si sono espresse riserve circa la sua legittimità soprattutto laddove la clausola stessa anziché nell'atto di trust sia inserita in un testamento atteso che verrebbe a costituire una condizione incorrendo quindi nel divieto di cui all'art.549 c.c. (*Divieto di pesi o condizioni sulla quota dei legittimari*).

³¹ BARTOLI - MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, Torino, 2008, 151 ss.

³² Cass. 2 gennaio 1997,1, in *Notariato*, 1997,309.

8. Tutela dei creditori, in generale. I creditori del Disponente³³

L'ordinamento consente in linea generale, a chi vanti una posizione creditoria, di potersi avvalere di una serie di rimedi per far valere i propri diritti. Si parla a questo proposito di tutela inibitoria, risarcitoria, invalidativa e restitutoria.

Con riferimento al trust, fino all'entrata in vigore del DL 27 giugno 2015, n.83, convertito in L.6 agosto 2015, n.132³⁴, la tutela dei creditori di una persona fisica, era affidata essenzialmente all'azione revocatoria di cui all'art.2901 c.c. In aggiunta, laddove si fosse stati alla presenza di un soggetto fallibile, e cioè di un imprenditore che avesse fatto ricorso al trust conferendovi beni dell'impresa, sarebbe stato possibile esperire anche l'azione revocatoria fallimentare secondo la disciplina prevista dalla legge.

9. L'azione revocatoria

Ora, l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria - che si aggiunge alla fallimentare una volta venute meno le condizioni e soprattutto il tempo per l'esercizio di questa - è subordinato al ricorrere di certi presupposti: a) che il debitore (cioè il disponente) conoscesse il pregiudizio che l'atto recava alle ragioni del creditore e che, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, fosse partecipe della dolosa preordinazione; b) che nel caso di atto a titolo oneroso il terzo (cioè il trustee) fosse consapevole del pregiudizio e addirittura partecipe alla dolosa preordinazione in caso di atto anteriore al sorgere del credito. La norma prevede ancora che le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, siano considerate atti a titolo oneroso, se contestuali al credito garantito, e che infine non sia soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto.

I lavori preparatori della Convenzione ammoniscono sulla necessità che sia adottato estremo rigore per verificare il ricorrere del *consilium fraudis* e dell'*eventus damni*, muovendo dalla considerazione per cui un trust all'interno di un ordinamento di *civil law* avrebbe poche possibilità di

³³ È del tutto evidente che i rimedi offerti dall'ordinamento sono sempre gli stessi, sia che si tratti dei creditori del disponente, dei beneficiari, del trustee, o di chi altro. È quindi la diversità delle situazioni riferibili a queste categorie che spiega come debbano essere trattate separatamente.

³⁴ Si tratta del provvedimento che ha introdotto nel codice civile l'art. 2929 bis, recante: "Espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito".

sopravvivere laddove le norme di questo fossero applicate senza un minimo di elasticità. D'altra parte la Convenzione esprime un *favor* nei confronti dell'uso del trust che non può essere sottovalutato al momento in cui si deve giudicare in situazioni di contrasto fra la *lex fori* e la legge del trust. La normativa in esame che, con riferimento a trust correttamente istituiti, sembrerebbe limitare il ricorso all'azione revocatoria al ricorrere di un pregiudizio alle ragioni del creditore, ha generato invece un cospicuo numero di sentenze che, soprattutto nel corso di questi ultimi anni, hanno accolto, nella loro quasi totalità, le domande di revocatoria di atti di conferimento di beni in trust³⁵. Diciamo apparentemente perché, in effetti, le revocatorie hanno colpito situazioni che obiettivamente non apparivano degne di tutela per essere state preordinatamente istituite proprio per danneggiare i creditori del disponente.

10. L'atto lesivo degli interessi creditori

Per valutare quale sia, con riferimento al trust, l'atto lesivo degli interessi dei creditori, e quindi l'atto da revocare, si è, in un primo momento, disputato fra chi sosteneva configurare, l'atto istitutivo, un negozio unitario a struttura complessa; chi parlava di atto istitutivo e di atto dispositivo in termini di collegamento negoziale così che le vicende dell'uno si ripercuotevano necessariamente sull'altro negozio; chi propendeva invece per la teoria dei due negozi causalmente autonomi. In realtà, l'atto istitutivo di un trust è un atto neutro ai fini dell'azione revocatoria perché il negozio istitutivo del trust altro non fa che sancire la nascita di un rapporto del quale il disponente detta le regole, ed ha pertanto carattere meramente programmatico³⁶. I negozi che possono arrecare pregiudizio alle ragioni dei creditori sono unicamente quelli aventi natura dispositiva, quelli cioè attraverso i quali, si trasferiscono al trustee determinati beni. Pertanto, attesa la differenza di disciplina stabilita dal legislatore, al fine di valutare se il singolo conferimento si situi all'interno di un trust oneroso, gratuito o solutorio, si dovrà correttamente indagare la causa sottostante all'istituzione del trust. E quindi, per valutare il ricorrere degli elementi richiesti per la

³⁵ L'esame della giurisprudenza rivela infatti come la reiezione della domanda si sia verificata solo per carenza di requisiti formali: cfr. ZANCHI, *Trust under fire*, e *Trust under fire 2*, in www.filodiritto.com rispettivamente del 14 aprile e del 4 settembre 2015.

³⁶ LUPOI, *Istituzioni di diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Milano, 2016,7.

revocabilità ex art. 2901 c.c., o dei presupposti richiesti in caso di revocatoria fallimentare (art.67 l.fall.), occorrerà far riferimento a una valutazione complessiva dell'assetto delineato attraverso l'atto istitutivo del trust.

Allora il trust gratuito, intendendo per tale quello che risponde a spirito di liberalità, e che configura una donazione indiretta, sarà soggetto ad azione revocatoria da esercitare *nei confronti del debitore* entro il termine di prescrizione stabilito dalla legge (cinque anni) per far dichiarare come inefficace quell'atto o quegli atti con i quali quest'ultimo abbia recato pregiudizio alle ragioni del creditore. Il riferimento all'atto posto in essere dal debitore individua con chiarezza nell'atto di conferimento del disponente a favore del trustee, l'atto revocabile. Una volta decorso il quinquennio, senza che sia stata intrapresa l'azione verso il disponente, non saranno revocabili neppure i successivi atti di disposizione di quei beni posti in essere dal trustee³⁷. Quanto invece alle alienazioni del bene in trust, effettuate dal trustee nel quinquennio dall'originale conferimento nel fondo in trust, queste non saranno revocabili perché il trustee non è debitore nei confronti del creditore del disponente.

Laddove si tratti invece di trust solutorio, posto cioè in essere per l'adempimento di un obbligo giuridico, in quanto atto dovuto, si rientra nello schema del trust di garanzia, e la qualificazione di onerosità o gratuità spetta non all'atto istitutivo, ma all'atto che mediante la sua istituzione viene eseguito (l'art. 2901 n.3 esclude dalla revoca l'adempimento del debito scaduto); laddove il trust sia costituito per adempiere un dovere legale, l'atto di adempimento sarà irrevocabile in via ordinaria salvo che non si provi che l'adempimento eccede la misura dell'obbligo legale.

Nel caso di trust istituito in adempimento di un dovere morale o per finalità di pubblica utilità, infine, la risposta diverge a seconda che si tratti di revocatoria ordinaria o fallimentare. Infatti, mentre per la revocatoria ordinaria quest'aspetto è indifferente, in base all'ultima parte dell'art.64 l.fall. se l'attribuzione è proporzionata alla posizione economico sociale del disponente, il trust non sarà revocabile né soggetto a collazione, riduzione o revocazione.

³⁷ Questa affermazione è corretta limitatamente ai beni per i quali sia stata intrapresa, da parte di un creditore del disponente, l'azione volta a far dichiarare l'inefficacia del conferimento. Per quanto riguarda la gestione, da parte del trustee, dei beni in trust, il cui conferimento non abbia dato origine a un'azione revocatoria, e la sindacabilità delle vendite poste in essere in adempimento dei poteri del trustee, v. oltre.

Limitatamente agli atti a titolo gratuito, che abbiano a oggetto beni immobili o beni mobili registrati, posti in essere in seguito al sorgere del credito (o anche per i crediti sorti anteriormente, a condizione che il creditore intervenga entro un anno nell'esecuzione da altri promossa), l'art. 2929 *bis* c.c., recentemente introdotto, accorda un'ulteriore, e assai favorevole, tutela ai creditori (essenzialmente a quelli facenti parte del ceto bancario) consentendo che gli stessi possano procedere a esecuzione forzata, pur senza aver ottenuto sentenza dichiarativa d'inefficacia, se trascrivono il pignoramento entro un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto³⁸.

11. Altri rimedi di tipo invalidativo: l'azione di nullità e il sequestro

Se l'azione revocatoria non mira a invalidare l'atto di disposizione, ma a renderlo inefficace nei confronti del creditore procedente, ci si chiede se, in aggiunta, questi possa promuovere rimedi di ordine demolitorio, con conseguente, e radicale, eliminazione dell'atto³⁹ ovvero rimedi che lascino sopravvivere lo stesso avendo presente che secondo l'orientamento delle SSUU della Corte di Cassazione.⁴⁰ *“In relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (c.d. "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge,*

³⁸ MURITANO, *Il nuovo art. 2929 bis c.c.: quale futuro per la protezione del patrimonio familiare*, in *Rivista di diritto bancario*, 2015. In questa sede non si intende commentare la norma, compito peraltro esaustivamente svolto nell'articolo citato, ma limitarsi a osservare come un meccanismo così invasivo vada disinnescato prima che produca danni. In altre parole, laddove si tratti di trust non elusivi, siamo dell'avviso che la previsione di clausole *ad hoc* unite a una comunicazione da dare ai creditori (secondo modalità da definire caso per caso) sia idonea a limitare molto, se non addirittura a eliminare il rischio di espropriazione relativamente ai beni conferiti in trust. cfr. ZANCHI, *Cautele nella redazione di atti di trust*, in www.filodiritto.com, 8 febbraio 2016. Sulla valenza temporale della norma, vedi anche MINUSSI, *Valenza processuale del nuovo art. 2929 bis cod.civ.: ciò che conta è la data del pignoramento e non quella del precetto* (T. Ferrara, 29 settembre 2015), in *Wikijus*, 15 marzo 2016 che osserva: «La pronunzia mette a fuoco l'efficacia della norma introdotta con il d.l. 83/2015, conv. con la legge 6 agosto 2015 n. 132. La natura processuale dell'art.2929 bis cod.civ. da conto dell'efficacia temporale della norma. L'operatività di essa è tale da importarne l'applicabilità a tutti i procedimenti esecutivi intrapresi dopo la data della entrata in vigore (27 giugno 2015). Questa conclusione vale anche quando l'atto di disposizione sia stato posto in essere in un tempo antecedente».

³⁹ Appare superfluo rilevare che in casi del genere, ricorrendone i presupposti, l'azione è diretta anche contro l'atto istitutivo e mira quindi a rimuovere lo stesso.

⁴⁰ Cass.19 dicembre 2007, n.26724 e 26725.

unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità”.

Sull’eliminazione dell’atto nella sua interezza per nullità rilevata dello stesso si rinvia alle considerazioni svolte in precedenza a proposito dei legittimari⁴¹.

Oltre a quelli cennati, ci si chiede se sussista la possibilità di far ricorso anche ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, quali l’azione di surrogazione, ovvero il sequestro giudiziario. Il primo rimedio sembra scarsamente configurabile, in concreto, con riferimento al disponente, laddove si consideri che chi intenda disporre dei propri beni per mezzo di un trust, lo fa in genere con ampia cognizione di causa, e in secondo luogo perché, una volta effettuato il conferimento dei beni, il titolare – disponente ne perde, come sappiamo, la disponibilità. Il rimedio potrebbe invece essere astrattamente ipotizzato quale iniziativa che potrebbero assumere i beneficiari nei confronti del trustee inerte⁴². In merito non si rinvengono precedenti, ma l’ipotesi non appare, in teoria, del tutto peregrina⁴³. Peraltro occorre considerare che, di norma, l’atto di trust preveda di per sé la presenza di clausole che consentano di rimuovere il trustee inerte, senza considerare che è sempre possibile ricorrere al giudice per chiederne la

⁴¹ Cfr. note 21,22 e 23 e il testo di riferimento.

⁴² T. Milano, 22 ottobre 2009, che respinge il reclamo avverso la concessione di sequestro giudiziario sui beni confluiti in un trust liquidatorio quando la società disponente era già insolvente; T. Milano, 17 luglio 2009, che autorizza il sequestro giudiziario di tutti i beni di una società fallita, confluiti in un trust liquidatorio quando la società era già insolvente; e infine T. L’Aquila, 11 febbraio 2009, che conferma il rigetto del ricorso, proposto in via d’urgenza, dal disponente e dai beneficiari di un trust, tendente a inibire al trustee iniziative di vendita del patrimonio immobiliare e a ottenere il sequestro giudiziario degli immobili segregati nel trust. Sempre in materia di sequestro, si ricorda anche T. Torino, 9 febbraio 2009 che respinge la richiesta di riesame su un sequestro preventivo emesso nei riguardi di alcuni beni segregati in trust dagli indagati e T. Roma, 12 marzo 2003, che respinge per mancanza dei presupposti (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) il ricorso del trustee per sequestro liberatorio ex art. 687 c.p.c. Da ultimo Cass. Pen., 7 marzo 2016, n. 9229, «*ha affermato il principio secondo cui non è, di per sé, idoneo a sostenere la estraneità dell’indagato rispetto alla disponibilità dei beni costituiti in un trust il fatto che la loro materiale gestione venga attribuita dall’indagato ad una società fiduciaria*».

⁴³ Come si osservava più in linea teorica, perché ciascuno trust fa storia a sé e pertanto ci si può chiedere quali siano i beneficiari che potrebbero surrogarsi, senza contare che gli stessi beneficiari potrebbero essere titolari di interessi contrastanti, per esempio circa la gestione del reddito, in merito alla decisione di accumularlo o distribuirlo in mancanza di precise indicazioni dell’atto, fra beneficiari del reddito e quelli di capitale.

revoca in tempi ragionevolmente rapidi. Non è detto invece che i beneficiari possano avere sempre le necessarie competenze, per surrogare il trustee, o che si trovino nelle condizioni per poterlo fare⁴⁴. e questo spiega quindi perché sia preferibile far riferimento ai rimedi previsti nell'atto istitutivo. Molto dipende pertanto dalle previsioni ivi contenute, pur osservando che quelli che abbiamo elencato sono rimedi che non devono essere confusi con la surroga, operando su un piano diverso, però, probabilmente più efficace.

Sicuramente più ricca la casistica in tema di sequestro, conservativo o giudiziario. Il sequestro conservativo (art.2905 c.c.) può essere richiesto dal creditore prima che il bene sia uscito dal patrimonio del debitore. Una volta che questo sia confluito nel trust, il sequestro si rivelerebbe inefficace⁴⁵. Interessante anche la casistica in tema di sequestro giudiziario⁴⁶.

⁴⁴Si può pensare al caso in cui un trustee sia chiamato a gestire un'azienda, ovvero a un trust con beneficiari che siano soggetti da assistere, minori ecc.

⁴⁵ In merito, T. Cremona, 9 gennaio 2015, in *Trusts*, 2015, 297. Cass. 29 settembre 2014, n. 40286, in *Trusts*, 2015, 17, ha confermato l'ordinanza con cui il Tribunale del Riesame aveva disposto il sequestro conservativo di beni conferiti in un trust dal disponente dichiarato fallito e aveva affermato che il trust non è opponibile alla curatela. Cass. 17 gennaio 2014 n. 1820; Comm. Trib. Prov. Pesaro 25 gennaio 2012 e T. Alessandria, 24 novembre 2009 respingono, con coincidenti motivazioni, la richiesta di sequestro conservativo proposta contro il trustee di un trust destinato al superamento dello stato di crisi della società disponente attraverso la predisposizione di un piano di risanamento; T. Milano, sez. di Legnano, 8 gennaio 2009, in *Trusts*, 2009, 633, respinge il ricorso per sequestro conservativo sui beni segregati in un trust liquidatorio; T. Siena, 16 gennaio 07, ha respinto il ricorso per sequestro conservativo di beni vincolati in trust, proposto da un creditore del disponente, atteso che i creditori personali del trustee non possono aggredire i beni del trust e dunque questi beni non sono neppure sequestrabili o pignorabili alla stessa stregua dei beni costituiti in fondo patrimoniale, fino a che sia vigente ed operativo il vincolo del trust o fino a che il vincolo non venga caducato per effetto di annullamento o revocazione del negozio costitutivo; T. Velletri, 7 marzo 2005, che ha autorizzato, in sede cautelare, nell'ambito di un procedimento per accertare la responsabilità del trustee, il sequestro conservativo, anche presso terzi, sui beni dello stesso. Al contrario, soprattutto in periodo più recente, si rinviene una nutrita schiera di sentenze di accoglimento della domanda di sequestro che però appaiono del tutto condivisibili in quanto non ledono il principio della inaggregabilità dei beni conferiti in trust, ma semplicemente confermano che l'ordinamento non può fornire tutela a comportamenti fraudolenti. Così Cass. 09 ottobre 2015 n. 40534, secondo cui «*sono suscettibili di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente i beni immobili e le partecipazioni societarie che il disponente indagato abbia conferito in trust allo scopo di sottrarsi fraudolentemente al pagamento delle imposte*», T. Siena 22 maggio 2015 n. 416, in *Trusts*, 2015, 503, relativa al conferimento in trust di immobili da parte di amministratori di una società fallita in procinto di essere sottoposti ad azione di responsabilità; Cass. 10 febbraio 2015 n. 5929, in *Trusts*, 2015, 398, Cass. 14 gennaio 2015 n. 1341, in *Trusts*, 2015, 265, relative a fattispecie di trust *sham*; Cass. 22 dicembre 2014 n. 53408 per cui: «*Sono suscettibili di sequestro preventivo i beni conferiti in trust i quali siano frutto di attività*

Meno frequente, ma non assente, si è rivelato, infine, il ricorso alla tutela inibitoria come stanno a dimostrare le non scarse pronunce sul tema⁴⁷.

illecita ovvero ne costituiscono il reimpiego»; Cass. 28 giugno 2012 n. 25520, in *Trusts*, 2013, 45, «*può essere disposto il sequestro conservativo dei beni costituenti il fondo in trust disposto da persona che, secondo l'accusa, è stata oggetto di circonvenzione di incapace da parte del trustee*».

⁴⁶ In Cass. 16 aprile 2015 n. 15804, in *Trusts*, 2015, 605, trattavasi del caso di un disponente indagato per bancarotta fraudolenta, truffa e riciclaggio; secondo Cass. 08 ottobre 2013 n. 41670, in *Trusts*, 2014, 424: «*Nell'ambito di un procedimento per i reati di associazione per delinquere e bancarotta fraudolenta può essere disposto il sequestro conservativo di beni in trust rilevando, per il concetto di beni mobili ed immobili dell'imputato contenuto nell'art. 316 cod. proc. pen., non la loro formale intestazione ma che l'imputato ne abbia la disponibilità "uti dominus" indipendentemente dalla titolarità del diritto in capo a terzi*»; T. Milano, 22 ottobre 2009, in *Trusts*, 2010, 77, che respinge il reclamo avverso la concessione di sequestro giudiziario sui beni confluiti in un trust liquidatorio quando la società disponente era già insolvente; T. Milano, 17 luglio 2009, che autorizza il sequestro giudiziario di tutti i beni di una società fallita, confluiti in un trust liquidatorio quando la società era già insolvente; e infine T. L'Aquila, 11 febbraio 2009, che conferma il rigetto del ricorso, proposto in via d'urgenza, dal disponente e dai beneficiari di un trust, tendente a inibire al trustee iniziative di vendita del patrimonio immobiliare e a ottenere il sequestro giudiziario degli immobili segregati nel trust. Sempre in materia di sequestro, si ricorda anche T. Torino, 9 febbraio 2009 che respinge la richiesta di riesame su un sequestro preventivo emesso nei riguardi di alcuni beni segregati in trust dagli indagati e T. Roma, 12 marzo 2003, che respinge per mancanza dei presupposti (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) il ricorso del trustee per sequestro liberatorio ex art. 687 c.p.c.

⁴⁷ T. Milano, 15 luglio 2015 n. 8738 in *Trusts*, 2015, 580 per cui: «*Il creditore di una società a responsabilità limitata la quale ha conferito tutti i propri immobili in un trust liquidatorio è legittimato a chiedere la revoca del trustee ex art. 700 c.p.c.*», T. Milano 22 gennaio 2013, in *Trusts* 2013, 537, dichiara che «*va revocato con provvedimento di urgenza il trustee di un trust liquidatorio privo di guardiano che ha concesso finanziamenti a suo favore*», ordinanza del T. Mantova del 18 aprile 2011, resa in seguito a ricorso ai sensi dell'art. 702-bis c.p.c., che ha addirittura dichiarato la nullità, ex art. 15 della Convenzione dell'Aja, di un trust liquidatorio poiché carente della clausola che in caso d'insolvenza conclamata prevede la consegna dei beni al curatore. In precedenza, a parte il menzionato provvedimento del T. L'Aquila, si segnala T. Genova, 20 agosto 2010, in *Trusts*, 2010, 620, che ha accolto il ricorso ex art.700 c.p.c. volto a ottenere il rilascio di un'azienda a un trust perché il contratto di affitto era stato stipulato in violazione dell'atto istitutivo. T. Genova 20 agosto 2010, in *Trusts*, 2010, 620: «*Sussistono i presupposti per l'accoglimento del ricorso d'urgenza promosso nell'interesse di un trust ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ., volto a ottenere il rilascio in proprio favore di un'azienda che ne costituiva parte del fondo e che era stata affittata a terzi, quando: il contratto d'affitto stesso debba considerarsi inefficace, perché stipulato in violazione dell'atto istitutivo del trust; l'affittuaria non abbia provato di aver regolarmente corrisposto i canoni di affitto di talché essa deve considerarsi morosa e il contratto stesso risolto per inadempimento dell'affittuaria; e, infine, l'affittuaria abbia dimostrato incuria nella gestione dell'azienda stante il mancato pagamento del canone di*

12. I creditori del trustee

Quando si passa a parlare dei creditori del trustee, la separazione, stabilita dalla legge, del patrimonio personale del trustee da quello di cui lo stesso è titolare in forza dell'ufficio che ricopre, dovrebbe in realtà prevenire l'insorgere di problematiche specifiche. A dispetto di ciò, il problema può porsi con riferimento a una condotta del trustee che abbia agito in *breach of trust*, violando cioè le disposizioni del trust, e più in generale della legge regolatrice, poiché l'obbligo di tenere i beni personali separati da quelli di cui si è titolare come trustee ha valenza generale. Parlando del trustee, viene soprattutto in rilievo la posizione dei creditori di costui, mentre, per quanto riguarda i suoi legittimari, il problema non si pone, salvo il caso di confusione del proprio patrimonio personale con quello di cui è titolare come trustee del trust.

Il problema della revocatoria si pone dunque con riferimento ai creditori del trustee (si parla di trustee e non di trust perché il trust non ha personalità giuridica) per chiarire che si tratta di creditori che vengono in essere come conseguenza dell'agire del trustee, e quindi della gestione del fondo che egli faccia. Quindi anche gli atti posti in essere come trustee sono teoricamente soggetti all'azione revocatoria, ricorrendone i presupposti. Quanto alla prova dell'*eventus damni*, in questa ipotesi, occorre considerare che, per definizione, il retratto della vendita di un bene in trust rimane pur sempre assoggettato al vincolo, e pertanto non c'è dispersione del patrimonio, ma questo è soggetto a mutare sotto un profilo qualitativo, quello cioè attinente alla sua composizione. Quindi se un bene viene liquidato, si verrebbe a creare una situazione più favorevole per il creditore. Danno peraltro può sempre esservi se il trustee abbia alienato un bene in presenza di un divieto contenuto nell'atto oppure se abbia impoverito il fondo in conseguenza di una sua condotta dissennata, come violazione cioè del dovere di bene amministrare in base al criterio di diligenza che gli è richiesto.

Un aspetto particolare è dato dal caso in cui il trustee confonda i beni suoi con quelli ricompresi nel fondo in trust. In questa ipotesi, il problema diventa essenzialmente probatorio nel senso che i creditori personali del trustee avranno interesse a sostenere che certi beni fanno parte del patrimonio del loro debitore come persona fisica, laddove i creditori del trustee, inteso nella sua funzione specifica, avranno interesse speculare, ma di segno contrario. All'esito del giudizio i creditori soccombenti avranno la

locazione di parte degli immobili ove l'azienda era esercitata, con conseguente sfratto e ordine di rilascio degli immobili in favore del loro proprietario».

possibilità di agire nei confronti del trustee per il risarcimento dei danni derivanti dalla sua condotta anche perché una situazione di confusione sta a dimostrare che il trustee non ha assolto uno specifico dovere a esso facente carico che è quello di individuare i beni del trust e di tenerli separati dai propri. La violazione di tale dovere rappresenta quindi causa specifica di responsabilità con conseguente obbligo di ricostituire lo *status quo ante*. Lo strumento che può essere impiegato in questi casi è sempre l'azione di annullamento sia che il trustee abbia agito con dolo, ovvero per errore. La revocatoria è astrattamente configurabile, anche in questa ipotesi, ma potrebbe rivelarsi impraticabile - a causa del diverso termine di prescrizione dell'azione - per il tempo trascorso, atteso che la confusione può non emergere subito con chiarezza. Al contrario l'annullamento per errore si prescrive dal momento in cui il danneggiato abbia la consapevolezza dell'accaduto.

Occorre preliminarmente tenere presente che i primi creditori del trustee sono i beneficiari del trust che avranno da dolersi del fatto che il fondo risulti depauperato a causa della condotta tenuta da chi aveva il compito di gestirlo e amministrarlo nel loro precipuo interesse⁴⁸.

Consideriamo ora la posizione dei creditori del trustee di quel trust il cui fondo risulti impoverito, e prendiamo il caso del trustee che gestisca più patrimoni mobiliari e che, in considerazione degli incarichi ricevuti, gestisca individualmente alcune posizioni con la possibilità che le stesse siano successivamente cedute o che i beni in esse ricompresi vadano distrutti.

Nel caso in cui il trustee divenga insolvente, secondo il diritto inglese, se il trustee ha mantenuto i *trust funds* di pertinenza dei propri clienti separati dai suoi, il suo fallimento non li può concernere⁴⁹. Ma se ha confuso i fondi, i suoi clienti potranno cercare di recuperare, grazie al *tracing*, il loro patrimonio perché, di fatto, è come se questo fosse stato alienato. Se poi l'operazione ha successo, avranno un diritto di prelazione (*priority claim*) relativamente ai beni recuperati. Laddove invece il recupero non sia possibile avranno azione per *breach of trust* nei confronti del trustee, ma senza privilegi di sorta, nei confronti del fallimento del loro trustee. Tipico rimedio restitutorio del diritto inglese, il *tracing* è quel processo che consente all'originario proprietario, o beneficiario, di un determinato bene,

⁴⁸ Il depauperamento non rileva in quanto oggettivamente prodottosi, ma solo in quanto conseguenza di un non corretto agire del trustee. Cfr. E. CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, Milano, 2000, e, più in generale, ZANCHI (cur.), *Il trustee nella gestione dei patrimoni. Responsabilità e risoluzione dei conflitti*, Torino, 2009.

⁴⁹ Si ricorda che secondo il diritto inglese, anche la persona fisica può fallire.

indebitamente ceduto dal trustee in violazione dell'atto di trust, di rintracciare la sua proprietà, ovvero le trasformazioni che nel tempo abbia subito, nelle mani di un terzo. Poiché tale azione incontra il limite rappresentato dalla tutela del terzo di buona fede, l'impossibilità di recuperare il bene distratto si converte allora nel diritto a essere risarciti da parte del trustee per il danno patito.

Il diritto italiano accorda, da parte sua, la protezione dell'art. 24 o quella dell'art.36, n.6, del TUF, nel caso di fondi comuni d'investimento, e, conseguentemente, i patrimoni dei singoli clienti costituiscono patrimonio separato da quello dell'intermediario e da quello di tutti gli altri clienti, né su tale patrimonio separato sono ammesse azioni da parte dei creditori dell'intermediario, ma sono consentite soltanto azioni dei creditori dei singoli clienti nei limiti della loro quota.

Ora, la condotta del trustee relativamente alla gestione dei beni costituenti il fondo in trust, può creare a una molteplicità di situazioni che sono evidenziate dagli esempi che si propongono per far risultare la diversità di trattamento secondo il diritto italiano (che non conosce il *tracing*) e quello inglese.

Esempio 1

Tizio impiega, senza averne l'autorizzazione, il fondo per acquistare un quadro.

Caio vuole interrompere il rapporto e tenere il quadro.

Regno Unito: il quadro è una trasmutazione del fondo, quindi la sua proprietà spetta al beneficiario.

Italia: per entrare in possesso del quadro, Caio deve ratificare l'acquisto, poiché originariamente non autorizzato (v. artt.1706, 1711 e 2032 c.c.). Ma Caio potrebbe anche scegliere di risolvere il contratto di mandato, indipendentemente dalla ratifica, attesa la gravità della violazione posta in essere dal mandatario (Tizio).

Esempio 2

Prima che Caio venga a conoscenza del fatto, il quadro va distrutto, ma è assicurato per il suo valore di mercato. Nel frattempo Tizio diventa insolvente.

Caio vuole interrompere il rapporto e incassare l'assicurazione.

Regno Unito: anche l'indennità assicurativa è un bene tracciabile, deve cioè essere considerata parte del fondo in trust. Inoltre Caio ha titolo per agire in giudizio contro Tizio per la violazione del trust e chiedere il risarcimento dei danni.

Italia: la possibilità di ricevere il risarcimento da parte dell'assicurazione è subordinata, oltre che alla ratifica dell'acquisto, anche al fatto di provare che l'acquisto è avvenuto con i suoi denari. (art.1705,2 c.c.). Tale previsione

opera anche in caso d'insolvenza del mandatario, purché il mandato abbia data certa. Il fatto però che Caio sia nel frattempo divenuto insolvente e che la ratifica intervenga, con effetto retroattivo, dopo il prodursi di tale situazione, essendo Caio all'oscuro dei fatti, fa sì che non si abbia la data certa. Pertanto la domanda di Caio sarà trattata alla stregua di quella degli altri creditori chirografari.

Esempio 3

Tizio acquista un quadro impiegando tutti i denari di Caio e parte dei suoi. Nel frattempo Tizio diviene insolvente e il valore del quadro sul mercato si dimezza.

Caio vuole interrompere il rapporto e tenersi il quadro.

Regno Unito: anche in questa ipotesi il quadro, acquistato con i fondi del trust, non perde le sue caratteristiche. Rimane cioè in trust, ma appartiene in parte a Tizio e in parte a Caio. Caio deve sopportare la perdita ma può agire per il recupero della stessa nei confronti di Tizio, senza però alcun titolo di prelazione, privilegio o quant'altro.

Italia: Caio ha titolo per richiedere a Tizio l'integrale restituzione della somma impiegata per l'acquisto del quadro (ex art.2041 c.c.). Caio concorre con tutti gli altri creditori chirografari. Per quanto riguarda il quadro, la mancanza di data certa fa sì che anche in questo caso si debba ritenere che la richiesta del quadro da parte di Caio vada di pari passo con i diritti degli altri creditori.

Esempio 4

Tizio fa un mutuo e acquista un appezzamento di terreno, poi, senza autorizzazione usa i soldi di Caio per pagare il debito contratto con la banca. Tizio diviene insolvente e Caio vuole interrompere la sua relazione e tenersi il terreno.

Regno Unito: in questo caso la situazione è più incerta, ma è stato sostenuto che anche il terreno potrebbe esser considerato un bene in trust.

Italia: Caio non ha titolo per ottenere il terreno, anche se ha titolo per richiedere la restituzione della somma a Tizio.

13. La legge applicabile alla responsabilità del trustee

Merita infine un cenno, sotto il profilo operativo, il riferimento a quella clausola molto spesso ricorrente all'interno degli atti di trust interni, in forza della quale la responsabilità del trustee era assoggettata o soltanto alla *lex fori* ovvero sia a questa sia alla *lex causae*.

La prima ipotesi genera qualche perplessità per quanto riguarda le conseguenze che a tale scelta – laddove la *lex fori* sia quella di un paese non-trust – possono ricondursi.

La Convenzione, infatti, ammette che possano essere trattati con leggi diverse “elementi del trust che possano essere trattati a parte”.⁵⁰, ma precisa, all’art. 5, che essa non si applica qualora la legge regolatrice non preveda l’istituto del trust. E qui si pone un primo problema con riferimento all’interpretazione della locuzione “elementi che possano essere trattati a parte”, per valutare se questo della responsabilità del trustee possa essere considerato a questa stregua⁵¹. Anche dando risposta positiva al quesito, l’ostacolo rappresentato dall’art.5 non mi sembra da trascurare perché il tema della responsabilità non è materia che rientri nell’ambito delle norme di salvaguardia e che consenta pertanto di legittimare una deroga alla legge regolatrice straniera. Oggi, a quanto consta, si preferisce optare per la scelta della sola normativa prevista dalla legge regolatrice, senza operare quindi commistioni di sorta, anche perché le leggi straniere, fanno riferimento a concetti - si pensi a termini quali *dishonesty*, *fraud*, *wilfull misconduct* nel diritto inglese - che non hanno un equivalente nel diritto interno e che comunque devono essere interpretati nella portata acquisita nell’ordinamento richiamato⁵².

L’eventuale sovrapposizione di normative non pone comunque in discussione la responsabilità patrimoniale del trustee, anche se si oscilla fra leggi, come quella di Jersey, che limitano alla consistenza del fondo in trust la responsabilità patrimoniale del trustee – che abbia dichiarato di agire come tale – a quella inglese che la estende anche al patrimonio personale. Sul piano della condotta, infine, si ricorda come la responsabilità del trustee possa essere limitata ai casi di dolo e colpa grave (Leggi di Malta e San Marino).

⁵⁰ «Art. 9- In applicazione del presente capitolo aspetti del trust suscettibili di essere regolati a parte, quali quelli relativi alla sua amministrazione, possono essere disciplinati da una legge diversa».

⁵¹ Per quanto riguarda l’interpretazione da dare a questa norma, la dottrina (SARAVALLE, Commento all’art.9 ella Convenzione, in GAMBARO – GIARDINA - PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, in *Le nuove leggi Civili Commentate*, 1992, 1261 ss., «ammette il depeçage senza limitarlo alla più comune distinzione fra questioni di validità e di amministrazione», ma , al tempo stesso precisa che «non sarebbe ammissibile assoggettare a leggi diverse vari aspetti tutti attinenti all’amministrazione del trust».

⁵² Nella prassi le cose non vanno esattamente così perché si tende ad applicare, indipendentemente dai riferimenti operati, concetti e interpretazione tipica della *lex fori*.

14. I creditori dei beneficiari

In linea generale, per quanto riguarda i creditori dei beneficiari, il problema non dovrebbe porsi, atteso che questi, a seguito all'acquisizione di tale *status*, e a differenza del disponente, vedono incrementare, e non depauperare, il loro patrimonio. Ma la situazione non è così lineare, e occorre fare alcune precisazioni.

La prima considerazione da fare attiene all'individuazione del momento in cui la posizione dei beneficiari diviene aggredibile da parte dei loro creditori. In linea generale, ciò accade nel momento in cui il beneficiario avrà diritto a ricevere la prestazione che gli spetta in base all'atto di trust. Quindi, nel corso della durata del trust, potranno esserci beneficiari del reddito che hanno titolo a ricevere una prestazione che diverrà aggredibile nel momento in cui la stessa passerà nel loro patrimonio. Così, i trust discrezionali sono quelli in cui la posizione dei beneficiari risulta maggiormente tutelata e, per converso, più difficilmente aggredibile da parte dei loro creditori nella misura in cui è incerto l'*an* dell'attribuzione, la sua consistenza, e il *quando*. Se però il trust prevede che la corresponsione di una somma sia effettuata a titolo di rendita, ovvero al ricorrere di situazioni predeterminate (una laurea, un matrimonio) e quindi se risulta dall'atto di trust un diritto del beneficiario a ricevere a determinate scadenze, una data prestazione, sia questa gravi sul reddito del fondo o sul capitale, allora questa sarà aggredibile dai suoi creditori anche presso il trustee come un credito che maturerà al momento in cui è previsto che il trustee effettui la sua prestazione a favore del beneficiario. La certezza quindi in ordine al fatto che una determinata prestazione debba essere effettuata legittima i creditori all'adozione di quei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale che vanno dal sequestro al pignoramento presso terzi.

Sempre nel corso della durata del trust potrà essere aggredita una posizione beneficiaria, anche se la stessa non potrà essere escussa se non al termine della durata del trust, o secondo quanto prevede l'atto. Questo si accorda con il dettato della s. 10 (11) della legge di Jersey, che recita: "*salvo quanto previsto dalle disposizioni del trust, un beneficiario può vendere, costituire in pegno, ipotecare, trasferire ed effettuare qualsiasi altro atto di disposizione della sua posizione giuridica*". Anche in questo caso occorrerà sempre far riferimento all'atto istitutivo del trust che potrebbe contenere una clausola che consenta al trustee o al guardiano, in ipotesi, di rimuovere alcuno dall'elenco dei beneficiari, o di aggiungerne altri con il risultato di rendere instabile la posizione di un beneficiario.

Più complesso è il caso in cui un beneficiario abbia diritto a una posizione parzialmente certa e in parte rimessa alla discrezionalità del trustee, anche perché questa discrezionalità potrebbe essere o condizionata al conseguimento di un certo risultato relativamente alla gestione dei beni in trust, ovvero a un evento predeterminato (una laurea, un matrimonio) e anche in queste ipotesi, la prestazione rimessa in tutto o in parte alla discrezionalità del trustee ovvero predeterminata dal disponente in modo rigido. Di norma in questi casi il trustee tende a proteggere la posizione del beneficiario anche perché questo è uno dei doveri che a lui fanno capo. Per esempio la s. 24 della legge di Jersey prevede che *“un trustee deve esercitare i suoi poteri nell’esclusivo interesse del beneficiario e in conformità alle disposizioni del trust”*. La legge in esame contiene altra disposizione (s. 27, Potere di assegnazione –*Power to appropriate*) che chiarisce questo concetto: *“Salvo quanto previsto dalle disposizioni del trust, un trustee può, senza il consenso dei beneficiari, assegnare i beni in trust per la soddisfazione o in vista della soddisfazione della posizione di un beneficiario con le modalità e in conformità a quelle valutazioni che esso ritenga più opportune”*. Non è chi non veda che usando di questo potere il trustee potrebbe trasferire una posizione beneficiaria di un soggetto che si trovi a essere aggredito dai propri creditori, a favore di un suo fiduciario contribuendo così a preservare il patrimonio del beneficiario stesso.

Per quanto attiene infine, alla tutela invalidativa, si rinvia alle considerazioni svolte in precedenza⁵³.

15. La protezione dei beneficiari

Le posizioni beneficiarie offrono un’ampia gamma di declinazioni passando da quelle *vested*, e cioè assolute e incontrovertibili, a quelle *contingent*, cioè condizionate e quindi per definizione incerte o per quanto riguarda il *quantum*, ma anche l’*an* delle stesse. All’interno di questa categoria si pongono possono individuare alcuni strumenti che operano su piani diversi, quali i *determinable interest* e i *protective trust* e che consentono entrambi di attuare modalità tecniche, lecite, per mettere al riparo i beneficiari dalle pretese dei loro creditori.

Il *determinable interest* è un diritto destinato a durare fino a quando (*until*) non si verifichi un determinato evento. Esso è ammesso nella legge

⁵³ Cfr, *supra*, nn. 3 e 4.

inglese perché il diritto nasce già condizionato, cioè con una limitazione inerente. Al contrario un diritto sottoposto alla condizione risolutiva rappresentata dall'eventuale alienazione del diritto o del suo eventuale pignoramento o sequestro è nulla perché il diritto nasce pieno, ma la condizione apposta lo fa estinguere prima che si sia esplicato completamente.

Il titolare di una tal posizione non potrà conseguentemente essere aggredito.

Il *protective trust* è oggi previsto dalla s.33 del *Trustee Act* 1925 inglese e in conformità a tale norma il disponente può prevedere che il diritto del beneficiario del reddito duri fino a che egli tenti di disporre del diritto attribuitogli dal trust, ovvero subisca un atto esecutivo o cautelare da parte dei suoi creditori, o venga dichiarato fallito. In tali ipotesi il diritto si estingue e il trust, prima fisso, diventa discrezionale.

Tale tipologia di trust che nel diritto inglese riguarda solo gli interessi si estende (Jersey e San Marino) anche al diritto del beneficiario del capitale. Negli USA in genere si parla di *spendthrift trust*, per parlare di un trust che prevede fin dall'inizio l'inalienabilità e l'impignorabilità del diritto del beneficiario. In ogni caso è vietato, in questo caso, che beneficiario e disponente possano coincidere.

Ci si chiede se tali previsioni siano compatibili con l'ordinamento italiano, e quindi se clausole del genere possano essere inserite in un trust interno con la certezza che non ne sia posta in discussione la loro legittimità ovvero la loro compatibilità con le norme di salvaguardia⁵⁴. In sintesi, se si ritiene di attribuire al diritto del beneficiario natura di diritto reale, non ci si sottrarre alla previsione dell'art.1379 c.c. che stabilisce come il divieto di alienare stabilito per contratto abbia effetto solo fra le parti e a condizione che sia contenuto in un conveniente limite di tempo e corrisponda a un apprezzabile interesse di una delle parti. Se poi la clausola è contenuta in un trust testamentario, la nullità (ex art.634 c.c.) dovrebbe affliggere solo la condizione apposta, salvo che non risulti che quella clausola abbia costituito

⁵⁴ Cfr., in generale, BARTOLI - MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, cit. Per un riferimento giurisprudenziale da tenere in considerazione: T. Trieste, 22 gennaio 2014 n. 421, che in sede di reclamo tavolare, dichiara non riconoscibile "un trust interno sottoposto alla legge di Jersey che eleva la segregazione al rango di causa e non enuncia alcun programma meritevole di tutela, avendo il disponente -che è anche il beneficiario principale del trust- inteso soltanto rendere non aggredibile il proprio patrimonio per poterne godere in futuro indipendentemente dal cambiamento delle sue sorti".

il motivo illecito determinante (art.626 c.c.) così da travolgere l'atto nel suo complesso.

Se invece al diritto del beneficiario è riconosciuta natura di diritto di credito - cosa che appare preferibile e coerente con la qualificazione della posizione dei beneficiari verso il trustee – troverebbe applicazione l'art.1260, 2° comma c.c. e di conseguenza le parti possono escludere la cedibilità del credito salvo che il patto non è opponibile al cessionario se questi non lo conosceva al momento della cessione. D'altra parte il divieto dell'art. 1260 c.c. non può operare in pregiudizio dei creditori di colui che ne è gravato e che, nel caso di specie è il beneficiario del trust. Così la condizione sarebbe valida, ma non opponibile nei confronti dei creditori del beneficiario.

Ulteriore applicazione di questo principio si rinviene nella clausola che collega la perdita del diritto del beneficiario al sequestro, al pignoramento del suo diritto, o al suo fallimento.

In tal modo si mira dunque a rendere insequestrabile e impignorabile il diritto del beneficiario del reddito, o del capital, secondo la legislazione prescelta.

Essendo la pignorabilità di qualsiasi bene la regola generale, limiti di natura negoziale non potrebbero essere legittimamente apposti. Dal punto di vista normativo, eccezioni sono rappresentate: a) dall'art.545,1 comma, c.p.c. sull'impignorabilità dei crediti alimentari che riguarderebbe anche gli alimenti di fonte negoziale essendo quelli *ex lege* coperti dalla previsione dell'art.447 c.c., e b) dall'art.1881 c.c. per cui può non essere soggetta a pignoramento o a sequestro la rendita vitalizia costituita a titolo gratuito entro i limiti del bisogno alimentare del creditore. Se ne deduce pertanto che un trust che prevedesse la corresponsione di reddito in coerenza di tali previsioni normative non risulterebbe aggredibile.

Infine l'art. 46 l. fall. per cui non sono compresi nel fallimento gli assegni aventi carattere alimentare entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento del fallito e della famiglia.

I limiti che l'ordinamento pone e le incertezze che suscita per quanto riguarda l'operatività di queste clausole inducono a ritenere che laddove si voglia conseguire l'effetto di mettere al riparo il beneficiario dalle pretese dei suoi editori, si debba scegliere la soluzione di un trust che riconosca al trustee ampia discrezionalità circa il *quantum* e il *quando* dell'erogazione così da avere la certezza che, fino al momento in cui le somme (reddito o capitale) non saranno trasferite al beneficiario, non saranno aggredibili da terzi: ma poiché questi non conoscono né la misura né il tempo

dell'attribuzione, rimesse alla discrezionalità del trustee, non potrebbero pertanto assumere iniziative in tal senso.

Sempre sul piano delle contromisure che possono essere adottate da un trustee per proteggere i beneficiari da aggressioni esterne, oltre a quelle cui abbiamo fatto cenno, si segnala anche la possibilità di creare, attraverso l'accensione di un mutuo, o il rilascio di una garanzia, laddove rientrante nei poteri del trustee, una situazione debitoria per il trust così da impoverire automaticamente la consistenza della quota del beneficiario.

Riassumendo tutte le classificazioni che si usano fare circa i beneficiari, *vested* o *contingent*, vengono a perdere importanza perché al termine della durata del trust tutte le posizioni si definiscono e, quindi, a quella data, sarà noto, con certezza, se la *contingency* si è verificata o meno e, più in generale, come si sono risolte eventuali situazioni d'incertezza circa i beneficiari finali e le quote di loro spettanza. In questo senso perdono valore anche le incertezze derivanti dalla legittimità di un trust discrezionale in cui l'indicazione dei beneficiari sia rimessa all'indicazione del trustee. Si rammenta che tale clausola non incorre nel divieto derivante dal principio della personalità della volizione liberale laddove il potere di scelta sia circoscritto all'interno di un ambito predefinito (es.: i miei discendenti maschi). Così possono esserci poi altre clausole in cui il disponente a) si riserva il potere di cancellare alcuni beneficiari- potere assimilabile alla revoca delle disposizioni testamentarie – ovvero b) di introdurre altri con la conseguenza di ridurre la quota riservata ai beneficiari iniziali. Questo sta a dimostrare come, usando del potere discrezionale attribuitogli, il trustee potrebbe disinnescare sul nascere eventuali iniziative di legittimari che intendessero agire in riduzione aumentando – ricorrendone i presupposti - la quota a loro destinata.

GIURISPRUDENZA

**IL DANNO DA PROCURATO FALLIMENTO
SOTTOPOSTO AL VAGLIO DELLA SUPREMA CORTE:
UN'OCCASIONE PERDUTA**

Andrea Borroni

Ricercatore di diritto privato comparato e avvocato in Milano

Sommario:

1. Premessa
2. Condizioni per risarcimento
3. Legittimazione attiva
4. Conclusioni

1. Premessa

La sentenza n. 12167 del 18 giugno 2015 della Cassazione ha riproposto l'attenzione degli operatori su di un profilo particolarmente dibattuto ed attuale di responsabilità civile: il c.d. danno da procurato fallimento, in cui una parte non adempiendo una propria obbligazione causa il fallimento dell'altra.

Infatti, è sempre più frequente che, a séguito dell'inadempimento di controparte, un imprenditore si trovi in una precaria situazione economica e in una insormontabile crisi di liquidità; in tali casi, la responsabilità della parte debitrice può aggravarsi, soprattutto se tale prospettiva si incardina in un contesto economico fragile come quello attuale.

Come noto, invero, allorquando l'imprenditore sia sottoposto a procedura concorsuale, s'è possibile provare il nesso di causalità fra l'inadempimento di controparte e lo stato di dissesto economico, la parte inadempiente deve ristorare tutti i danni in cui l'impresa sia incorsa¹.

Sotto questo profilo, risulta di qualche interesse la sentenza n. 12167 del 18 giugno 2015, in cui la terza sezione civile della Corte di Cassazione si è trovata a dover conoscere d'una controversia riguardante, tra gli altri, tale profilo di danno; tuttavia, la Suprema Corte, per gravi vizi formali del ricorso, ne ha dichiarata l'inammissibilità, senza così esprimersi sugli aspetti sostanziali della contesa che non risultano in tal modo negati.

Ben più interessanti sono, invece, le sentenze di merito dei due gradi precedenti.

Il giudice di prime cure, ossia il Tribunale di Pescara, infatti, con la sentenza n. 1481 del 28 luglio 2003, in una causa fra due imprese di cui una condotta al fallimento dall'inadempimento dell'altra, si è per primo espresso sul *quantum* del risarcimento individuandolo in 500.000 euro e individuando le singole voci che compongono il danno in questione nella perdita di avviamento commerciale, nella dispersione delle maestranze (e del *know how*, n.d.r.)e, nel caso di specie, *nell'essere sfumate le trattative di cessione dell'azienda* (che potrebbe essere avvicinato a perdite di chance o della c.d. perdita dell'affare). Ad avviso di chi scrive sarebbe poi lecito aggiungere i costi della procedura e i costi di un eventuale finanziamento etero-aziendale per sopperire al mancato introito che era atteso. Nella

¹ Sia consentito, richiamare per la prima presentazione di tale tesi in dottrina, BORRONI, *Il danno da inadempimento del committente: per una ricostruzione evolutiva dell'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria. spunti di diritto comunitario e comparato*, 2010, <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/>.

decisione, il giudice ha altresì menzionato la teorica possibilità di ottenere il risarcimento dei mancati guadagni che avrebbero potuto essere conseguiti, laddove l'impresa debitrice avesse adempiuto in termini; ma, tale domanda risarcitoria è stata, tuttavia, respinta, perché non sorretta da alcuna prova².

A séguito dell'appello della parte soccombente, che si doleva dell'errata applicazione del nesso di causalità e della mancanza di prevedibilità dell'evento fallimento, con la sentenza n. 1097 del 5 luglio 2011, la Corte di Appello dell'Aquila ha invece caratterizzato la fattispecie, delineandone i requisiti costitutivi nella esistenza di un nesso di causalità tra l'inadempimento e il fallimento e nella prevedibilità o financo conoscibilità delle conseguenze.

In particolare, la Corte di Appello ha avuto modo di esprimersi sull'applicazione dell'art. 1225 c.c., in tema di prevedibilità del danno, rigettando la domanda di risarcimento, perché non risultava provato – né tantomeno allegato – che, *al momento del dovuto adempimento, la situazione d'insolvenza della [creditrice] fosse conosciuta o conoscibile per la [debitrice]*, essendo esclusa *la natura dolosa dell'inadempimento*.

Appare, pertanto, opportuno, esaminare, in questa sede, il tema della prevedibilità del danno e del nesso di causalità, essendo di particolare rilevanza per determinare l'*an* ed il *quantum* del risarcimento.

2. Condizioni per il risarcimento

Giusta l'articolo 1225 c.c., la parte, che per colpa non adempia, può essere tenuta solamente a risarcire il danno prevedibile nel momento in cui è sorta l'obbligazione. Sotto questo profilo, da un lato, la Suprema Corte, sul tema, ha chiarito che *l'imprevedibilità non costituisce un limite all'esistenza del danno, ma alla misura del suo ammontare; essa determina la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile non da parte dello specifico debitore, bensì avendo riguardo alla prevedibilità astratta inerente ad una categoria di rapporti, secondo le regole ordinarie di comportamento dei soggetti economici e, cioè, secondo un criterio di normalità in presenza delle circostanze di fatto conosciute*³. Da ciò è

² La copiosa e articolata giurisprudenza in tema di danno da mancata disponibilità di una somma di denaro avrebbe probabilmente offerto spunti interessanti di riflessione in tale contesto.

³ Cass. civ., sez. III 15.05.2007, n. 11189, richiamata in Cass. civ., sez. II, 29.07.2011, n. 16763; in senso conforme, v. Cass. civ., sez. III 11.08.2004, n. 15559.

possibile dedurre che, in presenza di piccole imprese, dotate di limitato capitale, quasi totalmente investito nell'affare in parola, sarebbe doveroso per l'*homo eiusdem conditionis et professionis* prefigurarsi che il proprio eventuale inadempimento potrebbe gravemente ripercuotersi sull'esistenza giuridica stessa della controparte.

Tuttavia, dall'altro lato, la Suprema Corte ha riconosciuto che tale orientamento non tiene conto del tempo che, talvolta, intercorre fra stipulazione ed adempimento di un'obbligazione, aggiungendo che *non sussistono valide ragioni per attribuire rilevanza, ai fini della prevedibilità del danno, ad un tempo – quello della nascita dell'obbligazione – in cui è difficile che il debitore sia consapevole delle conseguenze di un suo futuro ed eventuale inadempimento*⁴. Di talché, appare ai giudici opportuno ricollegare tale requisito al momento *in cui il debitore, dovendo dare esecuzione alle obbligazioni assunte e potendo scegliere tra adempimento e inadempimento, è in grado di apprezzare più compiutamente e quindi di prevedere il pregiudizio che il creditore potrà subire per effetto del suo comportamento inadempiente*⁵.

Quest'ultimo orientamento, già teorizzato in primo luogo dal Bianca⁶, appare a chi scrive commendevole, perché conforme non solo al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, di cui all'art. 1375 c.c., ma anche a quelli di equità e giustizia che sottendono al nostro ordinamento, nonché a quello per il quale ciascuno è tenuto a condursi in maniera tale da non ledere il prossimo, principio su cui si basa il nostro sistema di attribuzione della responsabilità.

Dopotutto, come ben espresso dalla Corte di Cassazione, il principio della buona fede si concreta *nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e [si pone] come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto*,⁷ soggiungendo altresì che *la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extra-contrattuale del "neminem laedere", senza rappresentare un apprezzabile*

⁴ Cass. Civ., sez. II 30.01.2007, n. 1956.

⁵ Ibid.

⁶ C. BIANCA, *Diritto civile - Vol. V - La responsabilità*, Milano, 1994, 158.

⁷ Cass. civ., sez. II, 18.10.2004, n. 20399.

*sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte.*⁸

Sotto questo profilo e relativamente alla fattispecie di cui qui si discute, pertanto, appare impossibile non aderire alla tesi per cui la prevedibilità debba essere valutata al momento in cui l'adempimento è dovuto.

A *fortiori*, allorquando il debitore, a fronte di specifici e ripetuti inviti all'adempimento, in cui peraltro si menzioni lo stato di dissesto economico derivante dalla sua inottemperanza, continui a non adempiere, non può escludersi nei suoi confronti l'obbligo di risarcire l'eventuale fallimento causato da tale violazione.

In tal caso, in realtà, il debitore si trova in possesso di informazioni (anche nate da semplici e confidenziali scambi di corrispondenza, per esempio) tali da far presumere una concatenazione di eventi per cui questi ottiene contezza che dal suo inadempimento possano derivare conseguenze assai più dannose di quelle del normale inadempimento e per tale via trovarsi in una posizione economicamente quasi ricattatoria.

Simili problemi sono, per converso, evitati, qualora, essendo l'inadempimento doloso – in ipotesi, pur finalizzato all'ottenimento di condizioni più vantaggiose, dovute allo stato di debolezza economica dell'imprenditore – l'articolo suddetto, per espressa decisione del legislatore, non trova applicazione e non è quindi nemmeno necessario indagare l'eventuale prevedibilità del danno occorso.

Tale euristica trova agio nel consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale che contempla un ampliamento progressivo della nozione di danno ingiusto e di abuso delle prerogative concesse dall'ordinamento civilistico che è volto a sanzionare in maniera rigorosa condotte illecite nell'ambito di rapporti commerciali.

Tale situazione si verifica anche nei casi in cui tra due imprese commerciali sia presente una situazione di asimmetria economica tra i contraenti ed un diverso potere contrattuale⁹.

Si immagini il caso di una multinazionale che, scegliendo una piccola società italiana le affidi una commessa che rappresenti oltre il 50% del proprio fatturato annuale (ma si danno casi limite tale percentuale rasenta 90%) e decida, per vari motivi di non adempiere pur conoscendo le difficili condizioni economiche della PMI italiana.

⁸ Ibid.

⁹ Si veda, GITTI - VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008. Per una diversa impostazione si veda anche Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002.

Per configurare la natura dolosa dell'inadempimento, che dev'essere provata da chi l'allega, è, secondo la giurisprudenza, *sufficiente la consapevolezza di dovere una determinata prestazione ed omettere di darvi esecuzione intenzionalmente senza che occorra altresì il requisito della consapevolezza del danno*.¹⁰

In merito al nesso di causalità, la soluzione è più complessa. La disciplina legislativa della causalità è generalmente considerata ambigua ed insufficiente. Della principale norma dettata in materia dal Codice Civile, l'art. 1223 c.c., si dubita persino se attenga effettivamente al nesso causale, o non piuttosto alla determinazione del *quantum* del risarcimento.

Inoltre, la disciplina penalistica (artt. 40, 41 e 45 c.p.) appare indeterminata se non contraddittoria, com'è confermato dalla varietà delle interpretazioni proposte.

Innanzitutto, è opportuno applicare la cosiddetta teoria dell'equivalenza, per la quale si presenta come causa ogni evento senza il cui verificarsi non si sarebbe prodotto l'evento dannoso. Ed è qui palese che, ove controparte debitamente avesse versato il corrispettivo, tali conseguenze negative non si sarebbero verificate.

Ma ciò non è sufficiente, perché la suddetta teoria non può integralmente essere applicata, sotto pena di non prestare il dovuto peso ad eventuali serie causali autonome, che abbiano contribuito a cagionar l'evento.

Laddove, come nel caso di specie, l'evento dannoso sia conseguenza di un'omissione – la mancata corresponsione del pattuito – l'analisi del rapporto di causalità non può limitarsi al piano strettamente materiale, ché, come noto, *ex nihilo nihil fit*. In tali casi, è necessario indagare, uchronicamente, su ciò che sarebbe accaduto, non avesse controparte omessa la propria dovuta condotta.

Segnatamente, è opportuno interrogarsi se l'imprenditore avrebbe sofferto l'evento dannoso, ove controparte avesse in termini adempiuto. Infatti, secondo copiosa giurisprudenza, *in tema di risarcibilità dei danni conseguiti da fatto illecito o da inadempimento, nell'ipotesi di responsabilità contrattuale, il nesso di causalità va inteso in modo da ricomprendere nel risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della c.d. regolarità causale*.¹¹

¹⁰ Cass. civ., sez. II, 25.03.1987, n. 2899; in senso conforme, Cass. civ., sez. II, 26.11.1998, n. 11992.

¹¹ Cass. Civ, sez. III, 04.07.2006, n. 15274; in senso conforme, Cass. civ., sez. III, 09.05.2000, n. 5913 (in cui si richiamano Cass., 6 marzo 1997, n. 2009; Cass., 10 novembre

E non può dubitarsi, come rilevato *supra*, che, in presenza di piccole imprese, dotate di limitato capitale, quasi totalmente investito nell'affare in parola, un eventuale inadempimento della parte debitrice possa normalmente condurre ad uno stato di dissesto finanziario della creditrice di entità tale da condurla al fallimento¹².

3. Legittimazione attiva

La legittimazione attiva a chiedere un eventuale danno da procurato fallimento spetta, oltre che all'imprenditore, anche all'eventuale curatore perché, come noto, il fallimento comporta una modificazione nella titolarità dei poteri di gestione e rappresentanza che trasmigrano al curatore fallimentare residuando tale diritto esclusivamente in capo a quest'ultimo a seguito della sentenza che dichiara il fallimento¹³.

Circa la possibilità di esperire l'azione di risarcimento del danno da procurato fallimento nei confronti del terzo antecedentemente o successivamente alla proposizione di un concordato fallimentare, occorre svolgere una preliminare breve riflessione sulle funzioni e sulle responsabilità del curatore nella procedura fallimentare. A detto organo, fra le altre funzioni, è demandata innanzitutto la conservazione e l'amministrazione del patrimonio fallimentare; egli è investito del dovere della difesa giuridica dei diritti e dell'esperimento delle azioni volte al recupero dei crediti per il fallimento.

In quest'ottica, appare opportuno che l'esercizio di tale azione sia svolto antecedentemente la proposizione di un concordato fallimentare: in primo luogo onde evitare possibili profili di responsabilità in capo al curatore, in secondo luogo onde consentire ai creditori di valutare il concordato avendo a disposizione maggiori informazioni circa le possibilità di futuro realizzo (ebbene le medesime siano dipendenti dall'esito di un giudizio di merito e, pertanto, aleatorie).

Rimane, tuttavia, esclusa la legittimazione attiva del solo curatore nei confronti di domande volte al risarcimento del danno cagionato

1993, n. 11087; Cass., 11 gennaio 1989, n. 65; Cass., 18 luglio 1987, n. 6325; Cass., 20 maggio 1986, n. 3353; Cass., 16 giugno 1984, n. 3609).

¹² Si pensi qui al caso di imprese normalmente in attivo che a seguito di un solo inadempimento passino in territorio negativo del bilancio. Di questo cambiamento di segno nei bilanci dovrà rispondere la parte che ha dato luogo all'inadempimento non giustificato.

¹³ Alla società potrebbe, al ricorrere degli elementi che delineano gli elementi costitutivi della fattispecie, spettare il diritto di agire prima del fallimento con una procedura cautelare.

dall'avvenuto fallimento alla personalità ed alla vita di relazione dell'imprenditore, perché diritti personalissimi e, come tali, indisponibili ed intrasferibili¹⁴; sicché, l'eventuale azione potrebbe essere proposta dal solo imprenditore.

4. Conclusioni

Con le sentenze del Tribunale di Pescara e della Corte d'Appello dell'Aquila, finalmente, il danno da procurato fallimento, al ricorrere di taluni requisiti, ottiene il riconoscimento da parte del formante giurisprudenziale.

Si tratta, a ben vedere, di una felice e fisiologica evoluzione dei principî fondamentali in tema di responsabilità contrattuale, con cui si pone in regime di perfetta armonia, mirante ad offrire la massima tutela ai consociati nei confronti dei fatti ingiusti altrui, in particolar modo allorquando essi danneggino il libero esercizio dell'iniziativa economica privata, bene giuridico di rango costituzionale.

Nello specifico, l'*an* del diritto si manifesta al ricorrere (i) di un nesso di causalità tra inadempimento e fallimento e (ii) della prevedibilità o conoscibilità del rischio fallimentare.

In merito al *quantum*, questo si determina sommando i (i) la perdita di avviamento commerciale, (ii) la dispersione delle maestranze e del *know how*, (iii) la perdita dell'affare/chance e (iv) il danno da mancata disponibilità della somma di denaro per l'inadempimento stesso.

¹⁴ Nonché esclusi dal fallimento, a memoria dell'art. 46, n. 1.



Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 13 - giugno 2016

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

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805