

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 17 - giugno 2018

Il Codice del Terzo Settore

IANUS

Diritto e Finanza

N. 17 - 2018

Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 17 - giugno 2018

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

INDICE

IL CODICE DEL TERZO SETTORE

Presentazione	5
Riforma del terzo settore e diritto civile, di MARIA VITA DE GIORGI	9
Il codice del terzo settore e le associazioni: i riflessi civilistici della nuova disciplina, di GIOVANNI IORIO	15
Le reti associative nel codice del terzo settore, di MASSIMO D'AURIA	29
Il volontariato: notazioni a margine del codice del terzo settore, di MARIO RENNA	55
La nuova disciplina dell'impresa sociale, di CLAUDIA GIUSTOLISI	69

ALTRI SAGGI

L'umanità del rischio e l'ontologia dell'incertezza nei mercati finanziari, di DANIELE D'ALVIA,,,,,.....	87
El primer eje del poder presidencial en México. Un federalismo centralizador, di FRANCISCO TORTOLERO CERVANTES ,.....	111

GIURISPRUDENZA

L'immeritevolezza dei prodotti "For You" e "My Way": ancora una "sconfitta" per MPS. La nuova ordinanza n. 29985 del 13/12/2017 della Cassazione, di PIERLUIGI MONTELLA	139
Fatto non imputabile e perdita di un bene mobile consegnato per la riparazione, di GIOVANNI LIBERATI BUCCIANTI	161

PRESENTAZIONE

Il presente numero di Ianus si compone di una sezione monografica dedicata alla Riforma intervenuta in materia di enti non lucrativi che ha portato alla promulgazione del c.d. Codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117).

I contributi offrono al lettore una varietà di prospettive da cui osservare le novità della Riforma. I primi due saggi, di respiro più sistematico, affrontano il tema del rapporto tra disciplina del I° libro del Codice civile e Codice del terzo settore. Sulla scorta di una rievocazione del lungo dibattito che ha preceduto questa Riforma, il contributo della prof.ssa De Giorgi evidenzia la logica autonoma che governa la disciplina Codice del Terzo settore. Il contributo del prof. Iorio evidenzia inoltre, la capacità della disciplina del Codice sia di risolvere in maniera autonoma i problemi interpretativi lasciati aperti dalle regole generali del primo Libro del codice civile, sia di porsi quale nuovo punto di riferimento per ogni successiva riforma organica degli enti non lucrativi. Seguono tre contributi rivolti all'analisi di alcuni Enti del Terzo Settore. Il contributo del prof. D'Auria esamina il ruolo e le funzioni che il Codice del Terzo settore assegna alle c.d. Reti associative. Il saggio della prof.ssa Giustolisi si sofferma sulle novità riguardanti la disciplina dell'impresa sociale evidenziando i possibili punti di contatto con le *benefit corporation*. Il contributo del prof. Renna esamina le organizzazioni di volontariato e, più in generale, il fenomeno del volontariato quale svolgimento del principio di sussidiarietà orizzontale e della logica del dono.

Nella sezione dedicata ad altri saggi, il presente numero offre al lettore due ulteriori riflessioni. Il primo contributo del dott. Daniele D'Alvia è di ampio respiro filosofico – economico. Partendo dalle teorizzazioni del rischio percorse da Knight e Keynes, l'autore ambisce a reinterpretare i concetti di rischio ed incertezza nei mercati finanziari non in chiave ontologica ma umanistica e fenomenologica. Il secondo contributo del dott. Francisco Tortolero Cervantes, studioso di diritto costituzionale, analizza criticamente la natura solo formalmente federale dello Stato messicano ma sostanzialmente caratterizzata da una politica costituzionale che, mossa da intenti conservatori e da sfiducia nei governi locali, appare piuttosto orientata in favore di una centralizzazione dei poteri.

Completano il fascicolo due note alla giurisprudenza di Cassazione. La prima a firma del dott. Montella esamina l'ordinanza di Cassazione 13 dicembre 2017, n. 29985 resa in tema di contratti atipici di investimento

finanziario. La decisione consente all'autore di svolgere una riflessione sull'evoluzione che sta attraversando la giurisprudenza in tema di scrutinio di meritevolezza ex art. 1322, 2° co. c.c. La seconda nota a firma del dott. Liberati Buccianti analizza l'ordinanza di Cassazione del 19 gennaio 2018, n. 1246 resa in tema di obbligo risarcitorio del depositario ex art. 1780 c.c. Tale decisione consente all'autore di affrontare la questione dell'ambito di applicazione della disciplina oltre lo stretto ambito tipologico del contratto di deposito nonché dell'estensione da attribuire tanto al concetto di "fatto imputabile" al depositario quanto del senso che assume l'obbligo di denuncia in tale previsione normativa.

IL CODICE DEL TERZO SETTORE

RIFORMA DEL TERZO SETTORE E DIRITTO CIVILE

Maria Vita De Giorgi

Professore onorario dell'Università di Ferrara

La riforma del Terzo settore realizza l'esigenza di dare veste sistematica alla disciplina degli Enti del primo libro del codice civile perseguendo logiche autonome dal codice civile. Tuttavia, il successo dell'iniziativa dipenderà dall'analisi costi / benefici che ciascuna organizzazione non profit svolgerà prima di assoggettarsi alle regole del Codice del Terzo settore.

The Reform carries out the historical need to shape a systematic body of rules for the non-profit organizations just sketched in the First Book of the Civil Code. However, the success of the initiative is likely to depend on the cost / benefit analysis that each non-profit organization will perform before undergoing the regulation provided by the Third Sector Code.

Sommario:

1. Troppe cose a cui pensare
2. Uno sguardo al passato
3. Riforma e principio di realtà

1. Troppe cose a cui pensare

Di molte riforme tanto si è parlato e scritto in questi tempi: unioni civili, testamento biologico, privacy, fallimento, concorrenza e così via. Di questo provvedimento legislativo così importante, invece, si parla poco.

Ho scritto a suo tempo che l'arcipelago non profit sta fuori dalle tradizionali acque del diritto privato e che il/la civilista partecipa alle discussioni sul tema con interesse, ma con un senso di estraneità. Consapevole che poco giovano al terzo settore gli strumenti e dibattiti ereditati dal passato: le teorie sulla personalità giuridica, il soggetto di diritto, il patrimonio di destinazione, che avevano riempito i volumi *d'antan*, con periodici impegni di aggiornamento.

Lontani anche gli anni in cui si rovistava nelle poche righe del libro primo c.c. disquisendo sulla libertà del "singolo" all'interno dell'associazione o sull'ammissibilità della fondazione non riconosciuta o sullo stesso scopo della fondazione o sulla possibilità per l'ente di esercitare impresa. La povertà di pronunce giurisprudenziali, inoltre, faceva sì che i discorsi spesso si attorcigliassero in raffinate dissertazioni dottrinali, mentre della realtà non molto si sapeva (o, a volte, voleva).

Intanto, per ogni nuovo istituto che si affacciava nella società scrivevamo e dicevamo con convinzione come soprattutto da evitare fosse l'intervento del legislatore (il vituperato legislatore del momento). E quando una legge arrivava era puntigliosamente criticata, guardandosi (fin dall'avvento della Repubblica!) ad ogni intervento normativo con subitaneo – e spesso giustificato – sospetto. Il che non ha evitato, in alcuni ambiti, torrenziali normative.

Parlar male del legislatore, insomma, era/è quasi doveroso, ma raramente si è detto che se una democrazia non è in grado di produrre buone leggi e l'unica legge considerata ottima è il codice dell'epoca fascista (*chapeau!*) non è cosa di cui rallegrarsi.

2. Uno sguardo al passato.

Quando ho cominciato a scrivere di enti negli anni '70 - e fino agli anni '90 - la trattazione si adagiava senza fatica nello schema tradizionale. Si parlava, a seconda della personale ideologia, di partiti e sindacati, associazioni sportive, qualche fondazione, e per lo più sotto il profilo teorico.

D'altra parte la libertà di associazione garantita così solennemente dalla Costituzione faceva sì che gli enti (tranne quelli "cattivi" beninteso, di cui fa menzione l'art. 18 Cost.: le associazioni segrete e quelle vietate dalla legge penale, protagoniste di sanguinosi episodi poi annegati nel silenzio) navigassero in mari tranquilli e in una sostanziale immunità da controlli.

Una ragione del sostanziale successo della disciplina del titolo II, e della tiepida volontà di cambiarla (nonostante periodici "lamenti" sulla vigilanza che avrebbe esercitato la perfida autorità amministrativa) era proprio la sua povertà e elasticità.

Né può essere un caso che il modello dell'associazione non riconosciuta sia stato e sia di gran lunga (2/3 degli enti) il più usato dalle organizzazioni associative, anche le più rilevanti.

Quando il terzo settore – con la forza della realtà – si è imposto al legislatore ci siamo dapprima sforzati di interpretare i nuovi fenomeni con gli schemi tradizionali.

Così per un po' abbiamo pensato che le poche e brevi norme introdotte nel libro primo del codice del '42 fossero la disciplina più adatta e fruttifera e, per così dire, indolore e che il dominio su quel territorio delle leggi speciali sarebbe stato variabile e transitorio.

Alla fine di tutto il codice (non si trattava degli "enti del primo libro"?) sarebbe rimasto fondamento imperituro. *Zivilrecht besteht*, insomma.

Intanto sempre più evanescente si faceva la partizione, tra dono e lucro, tra impresa e beneficenza, associazioni e società e financo tra associazioni e fondazioni. Smarrita anche la grande dicotomia tra «tempo di lavoro» e «tempo del non lavoro» su cui si fondava l'ordine della società industriale.

Con il passare degli anni anche il più sprovveduto degli studiosi di diritto, il più retrivo, il più tradizionalista, il più sospettoso del nuovo – come me – si è reso gradatamente conto che il paesaggio giuridico faticosamente costruitosi in anni di studio e lavoro si sta popolando di cose e soggetti un tempo trascurati o sconosciuti.

Poi sono arrivate le provvidenziali statistiche, che classificavano le migliaia di enti, in continua crescita, in ben ordinate caselle, a seconda delle categorie e dei luoghi. Tale è la potenza dei numeri – per noi che viviamo di parole – da illuderci (parlo ancora per me) che finalmente avremmo capito e controllato e potuto ragionare con accresciuta consapevolezza.

3. Riforma e principio di realtà.

Quando la realtà è così diffusa e complicata il diritto ha due scelte: o semplifica al massimo (un solo soggetto di diritto, un unico modello familiare, un'unica disciplina generale del contratto, lasciando in questo modo maggior potere ai giudici) o si impegna a seguirla. Questa seconda scelta ha caratterizzato le leggi speciali, chieste e ottenute dal non profit, che tutti conosciamo: prolisse e particolareggiate.

Le nuove "formazioni sociali", poi, non domandavano solo libertà e immunità, ma aiuti, incentivi e benefici, così che i testi normativi loro destinati avevano la caratteristica di indirizzarsi non tanto a regolare, ma aiutare, incentivare, promuovere, introducendo di conseguenza registri e forme di controllo sconosciuti al diritto "normale".

Ogni generazione, anche inconsapevolmente, definisce i nuovi istituti con le "vecchie" parole, prima di decidersi a rinominarli.

E così abbiamo continuato a designare come «speciale» la normativa del terzo settore, scritto di particolarismo giuridico, di regole ordinate, appunto, secondo generalità e specialità.

La riforma che ha riordinato e consolidato la normativa precedente, con provvedimenti estesi e di complessa struttura, non esibisce tuttavia un diritto pensabile come "speciale" (nel senso che si nutre di quello ordinario) ma un sistema a sé, provvisto di logiche autonome e organiche.

Un ordinamento modellato sull'attribuzione di benefici e aiuti, non più fondato sull'uguaglianza, ma sulla benemerenzia. Non più destinato a soggetti uguali, ma differenziati a seconda dell'attività, dello scopo, della meritevolezza. Una diversità recepita dal sistema che l'asseconda con scrupoloso impegno.

La caratteristica di essere un settore agevolato lo allontana – forse definitivamente - dal codice civile, le cui norme non a caso si applicano "in quanto compatibili". Ma lo stesso rinvio, alle norme del codice civile pare più uno stilema, una formula di maniera, una foglia di fico, un omaggio al passato.

Il sistema, dunque, è provvisto di un proprio *Allgemeiner Teil* in cui si inquadrano le particolari tipologie di enti, meticolosamente disciplinati sotto ogni profilo. Di un proprio diritto tributario e del lavoro. Di propri strumenti di vigilanza, registrazione e controllo, con relativi ricorsi presso il giudice amministrativo

E forse perché che la disciplina codicistica è ora la più irrilevante non è stata data attuazione all'art. 3 della legge delega, che prevedeva la revisione del libro primo, titolo II, del Codice civile.

La disciplina del titolo II sarà destinata a tutti i tipi di enti anche quelli – numerosissimi e pienamente legittimi – che perseguono scopi non socialmente rilevanti e ovviamente anche ai partiti e ai sindacati, esclusi espressamente dalla riforma. Ma non solo.

Si è sempre affermato che caratteristica essenziale della legislazione di sostegno è l'assenza di carattere autoritativo, nel senso che la condotta non è imposta, ma suggerita: caratteristica della funzione promozionale è la libertà di rinunciare all'utilizzazione della norma senza subire conseguenze né civili, né penali o amministrative.

Può perciò legittimamente ritenersi che l'assumere lo "status" di ETS e l'iscrizione nel registro unico nazionale saranno facoltativo (esclusi beninteso gli enti che vorranno mantenere le qualifiche delle precedenti leggi speciali).

Potrà perciò accadere che, qualora gli incentivi accordati non verranno ritenuti abbastanza allettanti, parte del non profit continui a operare come se la normativa non ci fosse, scegliendo di rimanere nelle scarne ma clementi braccia del primo libro cc.

Anche perché per diventare ETS e muoversi nel complesso scenario tratteggiato dal codice del terzo settore l'ente dovrà rivolgersi a professionisti ed esperti, con costi spesso elevati.

Chi è insofferente di un regime recepito come troppo restrittivo se ne guarderà e comunque tutti pondereranno con cautela vantaggi, oneri e vincoli.

Così è accaduto in passato, tanto è vero che il precedente decreto sull'impresa sociale, è stato un deludente insuccesso. E forse – penso io – anche questo bel codice del terzo settore e la nuova normativa dell'impresa sociale resteranno inutilizzati se gli enti non la considereranno sufficientemente favorevole. Se i controlli, gli adempimenti, le regole saranno superiori ai benefici.

IL CODICE DEL TERZO SETTORE E LE ASSOCIAZIONI: I RIFLESSI CIVILISTICI DELLA NUOVA DISCIPLINA

Giovanni Iorio

*Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato presso
l'Università di Milano-Bicocca*

Il Codice del Terzo settore ha lasciato pressoché inalterata la disciplina civilistica delle associazioni di diritto privato. Eppure il d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117 possiede una vis attrattiva e una vis espansiva in grado di incidere sulla soluzione di diverse questioni interpretative che, fino ad oggi, si sono ricercate all'interno del primo Libro del codice civile. La nuova disciplina, anzi, costituisce un punto di riferimento necessario affinché si voglia riprendere il discorso sulla riforma organica delle associazioni e, più in generale, degli enti non lucrativi.

Voluntary ("Terzo settore") sector's Code left nearly unchanged the rules concerning organizations subject to civil law. Nevertheless, the Italian statute entitled d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117 has got an attractive force able to affect the resolution of many issues concerning the interpretation that, to date, have been searched in civil code's first book. The new regulation, instead, is the necessary point of reference to return to the comprehensive reform of the associations and, more generally, of non-profit institutions

Sommario:

1. La *vis attrattiva* del Codice del Terzo settore
2. La *vis espansiva* del Codice del Terzo settore
3. Linee future

1. La *vis attractiva* del Codice del Terzo settore

A seguito dell'entrata in vigore della l. 6 giugno 2016, n. 106, recante la “delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale”, non poche aspettative erano sorte in ordine ad una riforma organica della disciplina civilistica degli enti di cui al primo Libro del codice civile¹. La stessa legge alimentava l'aria di novità: l'art. 1, 2° co., lett. (a) demandava a successivi decreti legislativi la revisione, fra l'altro, “della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute”. Venivano all'uopo fissati principi e criteri direttivi (art. 3 l. n. 106/2012).

L'annunciata riforma degli enti *non profit* non si è realizzata. Il d.lgs. 3.7.2017, n. 117 ha introdotto il Codice del Terzo settore, ma non in attuazione del predetto art. 1, 2° co., lett. (a) della l. n. 106/2012, bensì della successiva lettera (b), che delegava il Governo a dettare il riordino e la revisione “organica della disciplina speciale e delle altre disposizioni vigenti relative agli enti del Terzo settore di cui al comma 1, compresa la disciplina tributaria applicabile a tali enti, mediante la redazione di un apposito codice del Terzo settore, secondo i principi e i criteri direttivi di cui all'art. 20, commi 3 e 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni.”

Le ragioni per cui il legislatore delegato ha preferito muoversi su altri piani, pur previsti dalla delega, imporrebbero un approfondimento che non è consentito in questa sede. Due brevi considerazioni, peraltro, vanno svolte. Negli ultimi anni l'universo *non profit* è stato investito da una legislazione a pioggia costantemente caratterizzata dall'attenzione ai profili fiscali e settoriali. La disciplina civilistica è rimasta, così, sullo sfondo. L'impressione è che tale impostazione sia stata mantenuta dal legislatore delegato, che ha dettato una “revisione organica” della disciplina speciale e di quella tributaria. Lasciare nelle retrovie, sino quasi a dimenticare, la normativa civilistica appare però un grave errore: regole chiare e trasparenti sulle modalità di ingresso, sulla partecipazione degli iscritti alle attività statutarie, sugli organi dell'ente, sui criteri di controllo, sullo scioglimento e sulla destinazione del patrimonio residuo costituiscono presupposti

¹ Sui tentativi, nel corso degli anni, di promuovere una riforma organica delle associazioni e della fondazioni v., da ultimo, BOZZI, *Terzo settore: osservazioni a “prima lettura” su una riforma culturale prima che giuridica*, in *Contr. impr.*, 4, 2017, 1254 ss., ove ampia bibliografia.

fondamentale affinché le organizzazioni non lucrative possano funzionare secondo criteri di efficienza e di concorrenza. Rischia di diventare ingannevole l'impegno ad assicurare risorse, denaro, agevolazioni a enti *non profit* quando quest'ultimi non siano assistite da un'adeguata cornice normativa di riferimento.

Può avanzarsi una seconda spiegazione a proposito della "reticenza" del legislatore delegato. Il fatto è che una riforma organica delle associazioni e delle fondazioni di cui al primo Libro del codice civile richiede di affrontare (e risolvere) alcune non facili questioni attualmente dibattute. Ne era consapevole la stessa legge delega che, riferendosi alla disciplina delle associazioni, prevedeva l'adozione di un decreto delegato al fine, fra l'altro, di "assicurare il rispetto dei diritti degli associati, con particolare riguardo ai diritti di informazione, partecipazione e impugnazione degli atti deliberativi, e il rispetto delle prerogative dell'assemblea, prevedendo limiti alla raccolta delle deleghe" (art. 3, 1° co., lett. c. l. n. 106/2016). Il tema è quello della democrazia interna delle associazioni (riconosciute o non), intorno al quale il dibattito, in dottrina ed in giurisprudenza, è quanto mai acceso². L'importanza della questione è tale che lo stesso d.lgs. n. 117/2017 reca l'impronta del criterio di "democraticità".³ Il dato normativo appena evidenziato va tenuto adeguatamente in considerazione, non solo nella ricostruzione dell'attuale sistema, ma anche in una prospettiva futura di ripensamento della disciplina civilistica delle associazioni.

Si torni, però, al Codice del Terzo settore⁴. Esso dunque non tocca l'attuale disciplina del codice civile, che rimane sostanzialmente invariata⁵.

² Per un inquadramento del tema v. il celebre (ed insuperabile) lavoro di GALGANO, *Persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja e Branca*, 2a ed., Bologna-Roma, 2006.

³ Per il riferimento ad alcune norme del Codice del Terzo settore ispirate al metodo della "democrazia interna" v., nel prosieguo, in questo paragrafo, nonché il § 2.

⁴ Per un'analisi sistematica v. AA.VV., *Il Codice del Terzo settore. Commento al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117* (a cura di Gorgoni), Pisa, 2018; AA.VV., *La riforma del c.d. Terzo settore e l'imposizione fiscale delle liberalità indirette*, Atti dei Convegni di Roma del 22 giugno 2017 e di Bologna del 26 maggio 2017, a cura della Fondazione Italiana del Notariato, Milano, 2017.

⁵ V., peraltro, l'art. 98 del Codice del Terzo settore (rubricato "Modifiche al codice civile") che aggiunge un nuovo articolo del codice civile, l'art. 42-*bis* ("Trasformazione, fusione e scissione"): "se non è espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni di cui al presente titolo possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni. La trasformazione produce gli effetti di cui all'articolo 2498. L'organo di amministrazione deve predisporre una relazione relativa alla situazione patrimoniale dell'ente in via di trasformazione contenente l'elenco dei creditori, aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione, nonché la

Può dirsi, però, che ancora oggi lo “statuto generale” delle associazioni sia rinvenibile (esclusivamente) nel primo libro del codice civile? Oppure il baricentro si sta spostando verso il Codice del Terzo settore?

Che le cose stiano progressivamente cambiando emerge svolgendo alcune brevi considerazioni. Sono enti del Terzo settore “le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante o svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore” (art. 4, 1° co., Cod. Terzo settore)⁶.

Non basta. Gli enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali incluse le cooperative sociali, “*esercitano in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale* per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale” (art. 5, 1° co., Cod. Terzo settore). Il Codice si fa carico di indicare analiticamente quando un’attività possa considerarsi di interesse generale (art. 5, 1° co., lettere a-z, Cod. Terzo settore).

Si può agevolmente concludere che la qualifica di enti del Terzo settore potrà essere attribuita a numerosi soggetti operanti nel mondo *non profit*⁷. E’ necessario peraltro che gli stessi si iscrivano in un Registro (artt. 11 e 45 Cod. Terzo settore) dimostrando di possedere sin dall’inizio una serie di

relazione di cui all’art. 2500-*sexies*, secondo comma. Si applicano inoltre gli articoli 2499, 2500, 2500-*bis*, 2500-*ter*, secondo comma, 2500-*quinquies* e 2500-*nonies*, in quanto compatibili. Alle fusioni e alle scissioni si applicano, rispettivamente, le disposizioni di cui alle sezioni II e III del capo X, titolo V, Libro V, in quanto compatibili. Gli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni per i quali il Libro V prevede l’iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore”.

⁶ Per l’art. 4, 2° co., del Codice non sono enti del Terzo settore, fra l’altro, le associazioni politiche ed i sindacati. Sui partiti politici, peraltro, v. *infra*, § 2.

⁷ Il Codice del Terzo settore, a ben guardare, impone pure un aggiornamento del linguaggio fino ad ora utilizzato nel mondo *non profit*. Si sono usualmente definiti enti del terzo settore queglii enti “intermedi” tra Stato ed individuo. Ora, invece, tale qualifica si addice soltanto agli enti che possiedono i requisiti previsti dal d.lgs. 3.7.2017, n. 117.

requisiti⁸. Solo così potranno godere di un regime fiscale agevolato (artt. 79 ss. Cod. Terzo settore) e comunque essere immessi in un circuito di agevolazioni previsto dal legislatore (cfr. gli artt. 77 e 78 Cod. Terzo settore). Avendo riguardo, in particolare, ai requisiti previsti in capo alle associazioni, cui in questa sede si ha maggiormente riguardo, l'atto costitutivo dovrà prevedere, fra l'altro, i requisiti per l'ammissione di nuovi associati e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori (art. 21 Cod. Terzo settore). Lo statuto, inoltre, dovrà rispettare le seguenti "competenze inderogabili dell'assemblea": (a) nomina e revoca dei componenti degli organi sociali; (b) nomina e revoca, quando previsto, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti; (c) approvazione del bilancio; (d) delibera sulla responsabilità dei componenti degli organi sociali e sull'azione di responsabilità nei loro confronti; (e) delibera sull'esclusione degli associati, se l'atto costitutivo o lo statuto non attribuiscono la relativa competenza ad un organo eletto dalla medesima; (f) delibera sulle modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto; (g) approvazione dell'eventuale regolamento dei lavori assembleari; (h) delibera sullo scioglimento, sulla trasformazione, sulla fusione o la scissione dell'associazione; (i) delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto rimessi alla sua competenza (art. 25 Cod. Terzo settore)⁹.

La *vis attractiva* delle norme di nuovo conio si manifesta sotto un ulteriore aspetto. E' vero, come si è detto, che il Codice del Terzo settore non incide, se non in maniera marginale, sull'impianto originario del codice civile; le associazioni e fondazioni del Terzo settore, tuttavia, non debbono rinvenire *aliunde* le norme che regolano l'acquisto della personalità giuridica. E' infatti previsto che "le associazioni e le fondazioni del Terzo settore possono, in deroga al decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361, acquistare la personalità giuridica mediante l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore" (art. 22, 1° co., Cod. Terzo settore). Si tratta di una procedura più funzionale rispetto a quella prevista sino ad ora dal d.p.r. n. 361/2000. Ciò sotto almeno sotto due

⁸ Durante lo svolgimento della loro attività, gli enti del Terzo settore debbono sottostare ad alcuni adempimenti riguardanti le scritture contabili, il bilancio, la tenuta di libri sociali obbligatori (artt. 13, 14, 15 Cod. Terzo settore).

⁹ V. anche l'art. 24 (Assemblea), l'art. 26 (Organo di amministrazione), l'art. 27 (Conflitto di interessi), l'art. 28 (Responsabilità), l'art. 29 (Denuncia al tribunale e ai componenti dell'organo di controllo), l'art. 30 (Organo di controllo), l'art. 31 (Revisione legale dei conti).

aspetti: (a) essa comporta un preventivo controllo da parte del notaio, la cui competenza tecnico-giuridica si rivela importante per la verifica delle condizioni richieste statutariamente¹⁰; (b) la personalità giuridica è concessa non in base ad un complesso (e talvolta difficile) giudizio sulla “congruità” del patrimonio rispetto alle finalità statutarie, ma a seguito della (più semplice) dimostrazione di una disponibilità monetaria non inferiore a 15.000 euro (per le fondazioni la soglia è aumentata a 30.000 euro).

Non è difficile immaginare, così, che gli enti del Terzo settore i quali vogliano ottenere la personalità giuridica si muoveranno nell’ambito del Codice del Terzo settore, il quale costituirà sempre di più la disciplina di riferimento per le diverse fasi della loro vita.

2. La *vis expansiva* del Codice del Terzo settore.

Approfondendo un po’ il discorso, ci si accorge del fatto che gli enti del Terzo settore possedano non soltanto una *vis attractiva*, nel senso che si è detto, ma pure una *vis expansiva*.

Si muova dal rilievo, sui cui si è fatto cenno, che il Codice del Terzo settore intende valorizzare, in più riprese, il principio della “democrazia interna” delle associazioni; il che avviene, ad esempio, attraverso l’analitica previsione delle competenze inderogabili dell’assemblea degli associati.

Ci si deve chiedere, ora, se il principio della democrazia interna valga non soltanto per le associazioni che assumano la qualifica di enti del Terzo settore, ma più in generale per gli enti associativi soggetti alla (scarna) disciplina codicistica.

Il tema, come è facile intendere, non può essere affrontato compiutamente¹¹. Rimanendo fedeli alla disciplina dettata dal codice civile,

¹⁰ V. CAVICCHIONI, *La riforma del Terzo settore, l’acquisto della personalità giuridica, il ruolo del notaio*, in AA.VV., *La riforma del c.d. Terzo settore e l’imposizione fiscale delle liberalità indirette*, cit., 42 ss.

¹¹ Discute di uno “zoccolo minimo” di dialettica democratica, all’interno delle associazioni di cui al primo Libro del codice civile, VINCENZI AMATO, *Associazione e tutela dei singoli. Una ricerca comparata*, Napoli, 1984, 184. Ricava la sussistenza di un inderogabile principio di democrazia dalla presenza, nelle associazioni, dell’organo assembleare, C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 16. V. anche la lettura “costituzionale” di P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 148: “tutte le comunità, tutte le forme di associazione, da quella più piccola che è la famiglia a quella più grande che è lo Stato, sono condizionate dal principio fondamentale di democraticità, che nello stesso tempo caratterizza e giustifica l’associazionismo”. In senso diverso, ritiene che il principio democratico sia derogabile nei

qualche notazione di carattere generale però deve essere svolta. Le associazioni di cui al primo Libro del codice sono caratterizzate da un'organizzazione corporativa che permette di individuare, quali organi necessari, l'assemblea degli associati e gli amministratori dell'ente. Gli associati sono le parti del contratto associativo e, in quanto tali, *concorrono* a realizzare la finalità ideale prevista dallo statuto. Gli amministratori, invece, sono incaricati, per utilizzare l'espressione di cui all'art. 1332 c.c., di "attuare" il contratto secondo le linee stabilite dalle parti del contratto.

La realizzazione delle finalità statutarie avviene, da parte dell'assemblea degli associati, attraverso una serie di delibere: si pensi alla delibera relativa all'approvazione del bilancio (art. 21, 1° co., c.c.); a quella riguardante l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (art. 21, 1° co., c.c.); alla delibera di modifica dello statuto e dell'atto costitutivo (art. 21, 2° co., c.c.); a quella di scioglimento dell'associazione e di devoluzione del patrimonio (art. 21, 3° co., c.c.); alla delibera di esclusione degli associati per gravi motivi (art. 24, 3° co., c.c.). Si tratta di competenze che, attenendo alla realizzazione degli scopi del contratto associativo, non possono che spettare all'assemblea degli associati.

Al di là dell'espressa prescrizione legislativa, debbono individuarsi altre ipotesi che, essendo pertinenti alle finalità del contratto associativo, non possono che mettere capo alla competenza dell'assemblea degli associati. Si tratta di muoversi ancora nelle maglie del codice. Ebbene, non vi sono dubbi sul fatto che sia rimesso agli associati il potere di nominare e revocare gli amministratori dell'ente. L'art. 16, 1° co., c.c. non prevede espressamente un siffatto potere assembleare; è specificato soltanto che le norme sull'amministrazione siano stabilite dagli associati, già attraverso l'approvazione dello statuto. Allo stesso modo, per le associazioni non riconosciute è previsto che l'ordinamento e l'amministrazione dell'ente siano rimessi agli accordi degli associati (art. 36, 1° co., c.c.).

Ulteriori norme della legge del '42, peraltro, portano ad escludere la possibilità che la nomina e la revoca degli amministratori siano attribuite statutariamente a soggetti diversi dagli associati: è previsto, infatti, che "le azioni di responsabilità contro gli amministratori delle associazioni per fatti da loro compiuti sono deliberate dall'assemblea e sono esercitate dai nuovi amministratori o da liquidatori" (art. 22 c.c.). È il codice civile, dunque, a

rapporti interni alle associazioni BASILE, voce *Associazione III: Associazioni non riconosciute*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, III, 5; Id., *Associazioni, fondazioni, comitati – Sintesi d'informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 2012; Id., *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975, 191 ss.

collegare l'azione di responsabilità (rimessa all'assemblea degli associati) alla revoca degli amministratori ed alla nomina di nuovi gestori: nell'istituzione di siffatto collegamento non si individua alcun organo diverso, rispetto a quello assembleare, deputato alla designazione di nuovi amministratori in sostituzione di quelli revocati. Una conferma in tal senso giunge dalla disciplina delle fondazioni: l'art. 25 c.c. attribuisce all'autorità governativa il potere sia di nominare e sostituire nuovi amministratori (1° co.), sia di autorizzare l'azione di responsabilità nei loro confronti (3° co.). Si deve trarre la conclusione che per gli enti del primo Libro del codice civile vi è piena coincidenza fra l'organo che ha il potere di esercitare l'azione di responsabilità e quello che provvede alla revoca ed alla nomina di nuovi amministratori.

Il riferimento all'art. 16 c.c. permette di compiere un passo in avanti nell'indagine sulle competenze spettanti all'organo assembleare delle associazioni. La norma codicistica è inserita all'interno del titolo II del primo Libro del codice civile, che ha riguardo alle persone giuridiche. Essa tuttavia si riferisce al contenuto (essenziale o facoltativo) dell'atto costitutivo e dello statuto sia di un ente riconosciuto sia di un ente riconosciuto. Si noti la quasi totale coincidenza fra l'espressione contenuta nell'art. 16, 1° co., c.c. (secondo cui l'atto costitutivo e lo statuto devono contenere, fra l'altro, le "norme sull'ordinamento e sull'amministrazione") e quella di cui all'art. 36, 1° co., c.c. (che rimette agli "accordi degli associati" "l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni"). È vero che quest'ultima norma è più sintetica rispetto a quella dettata per le persone giuridiche (che fa espressamente riferimento alle finalità dell'ente); è altrettanto evidente, tuttavia, che per potere dettare la cornice organizzativa di un ente occorre averne individuato lo scopo. L'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni, così, si "conformano" alle finalità delineate dagli "accordi degli associati"; ciò che può pure dirsi affermando che l'art. 36, 1° co., c.c., presuppone che lo scopo statutario sia rimesso agli "accordi degli associati".

Talché l'atto costitutivo e lo statuto delle associazioni devono contenere la denominazione dell'ente, *l'indicazione dello scopo* e della sede nonché le norme sull'ordinamento e sulla amministrazione. Devono anche determinare i diritti e gli obblighi degli associati e le condizioni della loro ammissione. Possono inoltre contenere le norme relative all'estinzione dell'ente.

Avendo riguardo allo scopo dell'ente, peraltro, deve considerarsi non soltanto l'aspetto statico (consacrato nell'atto costitutivo e nello statuto), ma anche quello dinamico, come in precedenza ricordato. Gli associati, infatti, compongono l'assemblea chiamata complessivamente a: (a) approvare il bilancio; (b) modificare lo statuto e l'atto costitutivo; (c) sciogliere

l'associazione e devolvere il suo patrimonio; (d) espellere gli associati per gravi motivi; (e) nominare e revocare gli amministratori, ed esercitare nei loro confronti l'azione di responsabilità; (f) determinare "in concreto" le finalità dell'associazione, la cui attuazione è poi rimessa all'organo amministrativo. Ognuna delle delibere appena ricordate costituisce un frammento dell'attività che l'organo assembleare svolge per realizzare la finalità annunciata staticamente nello statuto.

Ebbene, ove si muova dal rilievo che ciascun associato, all'interno all'assemblea, esprime la sua "partecipazione" alla vita dell'ente, è necessario a guisa di corollario che il consesso degli associati sia caratterizzato da un corredo di regole che assicurino: la possibilità per ciascun iscritto di essere informato e di partecipare alle riunioni dell'assemblea; la possibilità di esprimere sempre il proprio voto; il rispetto del principio maggioritario per ogni delibera presa dall'assemblea degli associati. Ed ancora, al fine di ritenere operante, nello svolgimento della vita dell'ente, questo nucleo essenziale di regole democratiche, occorre che nello statuto sia garantita la periodicità nella convocazione dell'assemblea, anche attraverso l'iniziativa di un certo numero di associati. Soltanto in tal modo, in definitiva, è possibile affermare che si sia formata una volontà con il "concorso" di ciascun partecipante al contratto associativo.

Il rispetto o meno delle regole democratiche, all'interno di un'associazione di cui al primo Libro del codice civile, deve essere verificato anche sotto un ulteriore profilo. Si immagini uno statuto che assicuri la partecipazione effettiva di ogni associato a quei momenti essenziali della vita dell'ente che poc'anzi si sono ricordati; nello stesso tempo però ad alcuni associati sono attribuiti maggiori diritti all'interno delle assemblee (ad un membro dell'ente, ad esempio, per la sua riconosciuta importanza o per il cospicuo contributo versato all'ente, superiore alla quota associativa, è attribuito un voto che vale doppio). La gradazione dei diritti degli associati, ancorché legata a presupposti specificati *ex ante* (e dunque conoscibili da chiunque aderisca all'ente) non pare sia possibile¹². Le norme sulle associazioni riconosciute, sotto un primo aspetto, sono tutte improntate al principio "una testa un voto" (si vedano, in particolare, gli artt. 20, 2° co., 21, 23, 1° co., c.c.). Alla stessa conclusione deve giungersi per le associazioni non riconosciute, rispetto alle quali può formularsi un rilievo

¹² V., però, nel Codice del Terzo settore, l'art. 24, 2° co., secondo cui "ciascun associato ha un voto. Agli associati che siano enti del Terzo settore l'atto costitutivo o lo statuto possono attribuire più voti, sino ad un massimo di cinque, in proporzione al numero associati o aderenti. Si applica l'articolo 2373 del codice civile, in quanto compatibile".

testuale (e non solo, dunque, analogico). L'art. 37 c.c. evidenzia come i contributi degli associati siano a fondo perduto: non vi è, dunque, un lucro soggettivo da perseguire, ma l'adesione ad un ente che mira a realizzare uno scopo ideale. Escluso, dunque, lo scopo della divisione degli utili, si deve dire che ogni associato è chiamato a contribuire alla realizzazione della finalità ideale "personalmente" e non attraverso l'apporto economico; le proprie capacità patrimoniali, in sostanza, non hanno rilievo al fine di attribuirgli una diversa (e migliore) posizione all'interno dell'assemblea cui è chiamato a partecipare.

Ove ci si muova nella traiettoria sin qui tracciata, si deve concludere che fra gli enti disciplinati dal Codice del Terzo settore e gli enti soggetti alla disciplina codicistica esiste una "omogeneità" che può giustificare, ricorrendone i presupposti, il ricorso all'applicazione analogica.

Si consideri, in primo luogo, un ente che persegua una delle finalità previste dall'art. 4 del Codice del Terzo settore e svolga, nel contempo, un'attività di interesse generale in via esclusiva o principale ai sensi del successivo articolo 5¹³. Nonostante questo, decide di non assumere la denominazione di ente del Terzo settore e di non iscriversi nel Registro previsto dall'art. 45, pur avendo tutti i requisiti statutari per farlo. Ove sorga una controversia che non possa essere decisa da una precisa disposizione (cfr. l'art. 12, 2° co., disp. prel. c.c.), l'interprete non dovrà rinunciare a prospettare l'applicazione analogica delle norme dettate dal d.lgs. n. 117/2017, cui va riconosciuta un'indubbia attitudine espansiva.

Alle stesse conclusioni potrà giungersi quando l'associazione non possieda alcuni dei requisiti previsti *ex lege* per ottenere la denominazione di ente del Terzo settore e tuttavia, sotto il profilo teleologico (cfr. gli artt. 4 e 5 Cod. del Terzo settore) presenti un'indubbia affinità con le figure cui si riferisce, espressamente, il Codice del Terzo settore.

Non sembra, da ultimo, che l'applicazione analogica sia preclusa in assoluto di fronte a quegli enti che, per espressa previsione del nuovo Codice, non possano assumere la qualifica di enti del Terzo settore (si pensi ai partiti politici: art. 4, 2° co., Cod. Terzo settore.). In questi casi è certamente da escludere ogni applicazione diretta delle norme di nuovo

¹³ Sull'importanza del profilo teleologico nella nuova disciplina v. le sempre lucide osservazioni di PONZANELLI, *Enti del Terzo settore: un primo commento*, in AA.VV., *La riforma del c.d. Terzo settore e l'imposizione fiscale delle liberalità indirette*, cit. 13 ss.

conio; a seconda dei casi, però, potrebbero aprirsi spazi per l'*analogia legis*.¹⁴

Allorché, nello specifico, si vogliono individuare quelle norme del Codice del terzo settore suscettibili di applicazione analogica, occorrerà muoversi secondo una traiettoria articolata. Sotto un primo aspetto si dovrà affermare che alcune norme non sono applicabili analogicamente giacché, ove nasca una controversia fra gli associati, la stessa trova già una risposta normativa nelle trame del codice civile: manca, dunque, quel vuoto di disciplina che costituisce un presupposto imprescindibile del procedimento analogico. Non sarà applicabile, così, la norma del Codice del terzo settore secondo cui l'atto costitutivo e lo statuto devono contenere le norme sulla devoluzione del patrimonio residuo in caso di scioglimento o di estinzione (art. 21, 1° co., d.lgs. n. 117/2017). Ed infatti, appartiene già allo "statuto normativo" delle associazioni di cui al primo libro del codice civile la regola per cui, pur in assenza di indicazioni da parte degli associati, il patrimonio residuo dovrà essere devoluto alla realizzazione delle medesime finalità ideali perseguite dall'ente sciolto. Non si invocherà, ancora, la norma secondo cui gli enti del Terzo settore possono, in deroga al d.p.r. n. 361/2000, acquistare la personalità giuridica mediante l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore (art. 22 d.lgs. n. 117/2017): la disposizione evidenzia come la strada obbligata per gli enti *non profit* non rientranti nel Terzo settore, i quali vogliono ottenere la personalità giuridica, sia quella prevista dal d.p.r. n. 361/2000, intervenuto a modificare la disciplina originaria del codice civile.

Proseguendo, le norme che regolano la procedura di ammissione all'ente e individuano l'organo preposto al controllo (art. 23 d.lgs. n. 117/2017) non mirano a coprire un vuoto di disciplina in caso di silenzio delle norme statutarie: in questo caso, infatti, trova applicazione diretta la norma generale sul contratto relativa alla adesione di parti successive (art. 1332 c.c.). Discorso non diverso deve farsi per la norma del Codice del terzo settore secondo cui hanno diritto di voto tutti coloro che siano iscritti da almeno tre mesi nel libro degli associati, salva diversa previsione statutaria (art. 24, 1° e 2° co., d.lgs. n. 117/2017): le norme del codice civile, infatti, consentono di rinvenire nell'associato il titolare di situazioni giuridiche attive e passive sin dal momento in cui entra a far parte dall'ente. Del pari, il codice civile permette di scorgere la regola per cui ogni associato ha diritto ad un voto: ogni diversa disposizione deve considerarsi derogatoria e, dunque, riferibile soltanto agli enti cui, specificamente, la nuova disciplina si riferisce. Ed

¹⁴ Sia consentito, sul punto, rinviare integralmente a IORIO, *Profili civilistici dei partiti politici. Statuti, prassi, tecniche legislative*, Napoli, 2018, 44 ss.

ancora, le modalità di nomina degli amministratori, i requisiti che gli stessi debbono possedere e gli incumbenti cui debbono provvedere (art. 25 d.lgs. n. 117/2017) appaiono disposizioni specificamente destinate agli enti del Terzo settore; né le associazioni codicistiche sono tenute a nominare un organo di controllo interno o una società di revisione previsti invece obbligatoriamente (ed unicamente) per gli enti del Terzo settore che abbiano determinati requisiti dimensionali (artt. 29, 30 e 31 del d.lgs. n. 117/2017).

In alcuni casi invece si deve notare come le norme del Codice del terzo settore traducano in *ius positum* alcune regole o principî di democrazia interna degli enti collettivi che già si rinvergono nella disciplina del codice civile, cui dunque potrà continuare ad aversi riguardo. Si pensi alla norma relativa ai requisiti dell'atto costitutivo degli enti del Terzo settore (art. 21, 2° co., d.lgs. n. 117/2017), che non sembra apportare particolari innovazioni rispetto all'art. 16 c.c.; oppure alla norma secondo cui ciascun associato ha diritto ad un voto (art. 24, 2° co., d.lgs. n. 117/2017): la regola "una testa un voto" si rinviene già nelle norme codicistiche sulle associazioni (riconosciute o non riconosciute). Si consideri, ancora, la norma secondo cui l'atto costitutivo può prevedere la costituzione di "assemblee separate", variamente denominate (art. 24, 5° co., d.lgs. n. 117/2017): una siffatta organizzazione delle assemblee associative è già ammessa dalle norme del primo Libro del codice civile.

Fermi questi rilievi, alcune norme del Codice del terzo settore sono suscettibili di applicazione analogica. Viene in considerazione, in particolare, quella disposizione secondo cui in caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quelle dello statuto prevalgono le seconde (art. 21, 2° co., d.lgs. n. 117/2017); oppure la norma in base alla quale "se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, ciascun associato può farsi rappresentare nell'assemblea da un altro associato mediante delega scritta, anche in calce all'avviso di convocazione. Ciascun associato può rappresentare sino ad un massimo di tre associati nelle associazioni con un numero di associati inferiore a cinquecento e di cinque associati in quelle con un numero di associati non inferiore a cinquecento (...)" (art. 24, 3° co., Cod. Terzo settore). Applicazione analogica potrà ricevere pure la norma per la quale "l'atto costitutivo o lo statuto possono prevedere l'intervento mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica, purché sia possibile verificare l'identità dell'associato che partecipa e vota" (art. 24, 4° co., d.lgs. n. 117/2017)¹²⁶. Una parziale applicazione analogica potrà avere l'art. 25, 7° co., d.lgs. n. 117/2017, nella parte in cui prevede che le

limitazioni del potere di rappresentanza degli amministratori non sono opponibili ai terzi se non si prova che i terzi ne erano a conoscenza.

3. Linee future.

Alcune norme del Codice del terzo settore, infine, dirimono con tratto efficace ed equilibrato alcune questioni problematiche, nell'ambito dell'universo *non profit*, tanto da porsi come un utile riferimento allorché si voglia riprendere, in futuro, il tema della *riforma civilistica* degli enti di cui al primo Libro del codice civile.

Si pensi, in particolare, alla disciplina introdotta dal decreto delegato in ordine all'ammissione di nuovi aspiranti associati e agli organi deputati al controllo della domanda: è previsto che in assenza di una diversa disposizione statutaria, l'ammissione di un nuovo associato sia fatta con deliberazione dell'organo di amministrazione (art. 23, 1° co., d.lgs. n. 117/2017). L'organo competente deve entro sessanta giorni motivare la deliberazione di rigetto della domanda di ammissione e comunicarla agli interessati (art. 23, 2° co., d.lgs. n. 117/2017). Chi ha proposto la domanda può entro sessanta giorni dalla comunicazione della deliberazione di rigetto chiedere che sull'istanza si pronunci l'assemblea o un altro organo eletto da quest'ultima (art. 23, 3° co., d.lgs. n. 117/2017). La norma si muove nel solco delle regole contrattuali che attribuiscono a chi riceve una proposta la discrezionalità nel respingere la domanda di ingresso. Nel contempo, essa finisce per chiamare in causa l'organo assembleare, in caso di rigetto della domanda, in modo da consentire un riesame della stessa che assicuri un processo di decisione più meditato e condiviso.

Si potrà allora prevedere (per tutte le associazioni e non soltanto per quelle del Terzo settore) che, in assenza di una diversa disposizione statutaria, l'ammissione di un nuovo iscritto sia fatta con deliberazione dell'organo di amministrazione. L'organo competente dovrà motivare, entro un determinato numero di giorni, la deliberazione di rigetto della domanda di ammissione e comunicarla agli interessati. Chi ha proposto la domanda sarà ammesso, entro un tempo decorrente dalla comunicazione della deliberazione di rigetto, a chiedere che sull'istanza si pronunci l'assemblea o un altro organo eletto da quest'ultima.

Sulla scia della recente esperienza del Codice del terzo settore, inoltre, occorrerà riflettere sull'opportunità di selezionare una serie di norme del diritto societario ben potrebbero applicarsi direttamente agli enti del primo Libro del codice civile. Nel d.lgs. n. 117/2017 va apprezzato il richiamo

all'art. 2373 c.c., in quanto compatibile (art. 24, 2° co., d.lgs. n. 117/2017), al quinto comma dell'articolo 2372 c.c., in quanto compatibile (art. 24, 3° co., d.lgs. n. 117/2017); il rimando, in presenza di assemblee separate, comunque denominate, ai commi terzo, quarto, quinto e sesto dell'art. 2540 c.c., in quanto compatibili (art. 24, 5° co., d.lgs. n. 117/2017)¹³⁰. Viene in considerazione pure il rimando all'art. 2382 c.c. sulle “cause di ineleggibilità e di decadenza” (art. 25, 3° co., d.lgs. n. 117/2017); all'articolo 2475-*ter* c.c. relativo al “conflitto di interessi” degli amministratori della società (art. 27 d.lgs. n. 117/2017); all'art. 2392 c.c. sulla “responsabilità verso la società degli amministratori”; all'art. 2393 c.c. sulla “azione sociale di responsabilità”; all'art. 2393-bis c.c. sulla “azione sociale di responsabilità esercitata di soci”; all'art. 2394 c.c. sulla “responsabilità verso i creditori sociali”; all'art. 2394-bis c.c. sulle “azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali”; all'art. 2395 c.c. sulla “azione individuale del socio e del terzo”; all'art. 2407 c.c. sulle “omissioni degli amministratori”, in quanto compatibili (art. 28 d.lgs. n. 117/2017); all'art. 2409 c.c., sulla “denuncia al tribunale” degli amministratori per violazione dei loro doveri, in quanto compatibile (art. 29, 1° co., d.lgs. n. 117/2017).

Se, come detto, nel Codice del Terzo settore è possibile rinvenire una *vis attractiva* ed una *vis expansiva*, nel senso che si è sopra spiegato, la nuova disciplina non costituisce un punto di arrivo, ma soltanto una tappa (importante) verso una riforma organica e moderna degli enti del primo libro del codice civile.

LE RETI ASSOCIATIVE NEL CODICE DEL TERZO SETTORE

Massimo D'Auria

*Professore Associato di diritto privato presso il
Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università degli Studi di Siena*

La disciplina che la Riforma dedica alla Reti associative testimonia l'importanza crescente che l'organizzazione reticolare ha assunto anche nelle attività imprenditoriali svolte dagli Enti del Terzo settore. Una riflessione su tali previsioni ed in particolare sulla doppia anima delle Reti, quale fattore di promozione delle attività degli enti e quale soggetti dotati di rappresentatività d'interessi generali, appare propedeutica ad illuminare il tragitto ermeneutico che operatori e professionisti dovranno percorrere non solo al fine d'integrare i propri statuti al fine di costituirsi in Rete associativa ma anche al fine di attuare nello svolgimento della propria attività le finalità perseguite dalla Riforma.

The body of rules that the Reform devotes to the Association Networks demonstrates the growing importance that the reticular organization has also assumed in the business carried out by the Third sector bodies. The essay aims at being a preparatory study for understanding the double soul of the network of no profit organizations outlined by the Reform. By analyzing what non-profit organizations need to do to be qualified as a network of associations and to maintain this status over time, it can be inferred that the network is not only necessary to promote the efficiency of member activities, but also to give a political representation of the general interests brought forward by the members

Sommario:

1. L'associazionismo imprenditoriale nel Terzo settore
2. Dal contratto di rete alle Reti associative
3. Modelli disciplinari e punti di intersezione
4. La duplice funzione delle Reti associative nel CTS
5. La Rete associativa come ETS: il problema
6. Profili sistematici
7. La registrazione delle Reti associative
8. Le Reti associative come ETS : profili operativi
9. L'attività economica delle Reti associative : problemi di coordinamento
10. Gli ETS puri
11. La disciplina patrimoniale della Rete associativa
12. La Rete associativa come ente prudenziale
13. La funzione politica delle Reti associative
14. Le regole sulle delibere nella Rete associativa
15. La funzione di controllo
16. Sul rapporto tra funzione economica e politica delle Reti associative nel CTS
17. Pluralismo sociale e momento direttivo

1. L'associazionismo imprenditoriale nel Terzo Settore

La disciplina dedicata dal Codice del Terzo settore - D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 - (d'ora innanzi per brevità CTS) alla Reti associative testimonia l'importanza crescente che le reti hanno assunto anche nelle attività imprenditoriali svolte dagli Enti del Terzo settore (d'ora innanzi per brevità ETS)¹. Una riflessione sulle previsioni *ad hoc* dedicate dal CTS alle Reti associative² appare propedeutica ad illuminare il tragitto ermeneutico che operatori e professionisti dovranno percorrere al fine d'*integrare* gli statuti, operazione in mancanza della quale, secondo quanto prefigurato dall'art. 101,4° co. CTS, sarà comminata la sanzione della cancellazione dal Registro³.

A tale riguardo, infatti, non dovrebbe sfuggire all'attenzione degli operatori, la dimensione anche politica della costituzione (e, dunque, della registrazione come anche della sempre possibile cancellazione dal Registro) di una Rete associativa. Nel disegno legislativo, infatti, le Reti associative si candidano a divenire macro-entità rappresentative di interessi diffusi o di

¹ È utile in proposito la lettura del secondo rapporto del Forum Terzo settore intitolato proprio alle Reti del Terzo settore dal quale emerge a p. 16 come più della metà degli enti componenti il Forum era inserito in network anche internazionali.

² Per una panoramica, v. G. PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 726 ss.; A. FUSARO, *Gli enti del terzo settore nel codice introdotto dalla riforma*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, Napoli, 2018, p. 855 ss., specialm. da p. 860.

³ La disposizione sanzionatoria prevista dall'art. 101, 4° co. CTS merita di essere spiegata sotto più profili sul piano esegetico. Anzitutto, deve osservarsi che le Reti associative, purché abbiano i requisiti previsti dall'art. 41, 1° co. lett. a), possono procedere all'iscrizione nella relativa sezione del Registro ed accreditarsi perciò come Reti, salvo decadervi laddove non abbiano provveduto ad integrare i propri statuti nel termine ivi stabilito. In secondo luogo, la sanzione deve riferirsi alla cancellazione non dal Registro *tout court*, ma solo dalla sezione di cui alla lett. f) relativa alla Reti associative; sicché, cautelativamente, le associazioni dovranno iscriversi anche in altra sezione, secondo la possibilità prevista dall'art. 42,2° co. CTS, al fine di non perdere la qualifica di ETS e le connesse prerogative. Deve, infine, correggersi il criptico riferimento al comma 2° dell'art. 41 CTS operato dall'art. 101 CTS siccome sintatticamente poco perspicuo. Ed invero, la regola probabilmente intende che, quelle nazionali, proprio perché reti, devono provvedere ad integrare i propri statuti precisando l'attività statutaria tipica prevista dall'art. 41, 1° co. lett. b). Ed invero, questa integrazione appare ultronea per l'associazione del Terzo settore equiparato alla Rete associativa che, non essendo organizzazione di secondo livello, non assume alcun compito di coordinamento ai sensi dell'art. 41, 1° co. lett. b). Anzitutto, deve anche osservarsi che le Reti associative, purché abbiano i requisiti previsti dall'art. 41, 1° co. lett. a) possono procedere all'iscrizione nella relativa sezione del Registro salvo decadervi laddove non abbiano provveduto ad integrare i propri statuti.

esperienze di partecipazione multiple e simultanee di cittadini in settori di attività d'interesse generale⁴. All'interno di una logica segnata dal principio di sussidiarietà orizzontale⁵, in cui lo Stato si ritaglia un ruolo integrativo nelle attività di interesse generale gestite dagli ETS⁶, si pone il problema di assicurare l'effettiva capacità degli ETS di sapere stabilmente interpretare la domanda di rappresentanza sociale proveniente dai cittadini⁷. Nel quadro di questa relazione collaborativa, il legislatore ha così individuato nelle Reti associative la dimensione ideale affinché gli ETS siano stimolati ad incidere realmente sui bisogni ed attese delle persone e, nel contempo, a rispondere in maniera trasparente delle proprie azioni imprenditoriali anche nei confronti delle istituzioni.

⁴ Appare opportuno osservare che gli artt. 4 – 5 del CTS pongono particolarmente l'accento sulla circostanza che gli ETS si caratterizzano per lo svolgimento senza fini di lucro di "attività interesse generale" attività il cui catalogo è stato predeterminato dal legislatore. Ciò a testimoniare il superamento di una logica dicotomica che vede lo Stato contrapposto al privato, ciò che si riverbera su almeno due piano del discorso: sul piano dogmatico - per intenderci - sul concetto di soggettività e personalità giuridica (su cui v. BARBA, *Costruzione della soggettività meta individuale e riconoscimento della personalità giuridica: libertà associativa e democrazia pluralista*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, V. I, Napoli, 2018, p. 201 ss.); sul significato che assume l'autonomia collettiva dei gruppi i quali divengono a pieno titolo oggetto di studio del privatista, itinerario sul quale il rinvio è a P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie, in persona e comunità. Saggi di diritto privato* (1988 – 1999), III, Padova, 1999, p. 12 ss.; ID., *Trasformazioni del ruolo istituzionale dei privati*, *ibid.*, II, p. 449; ID., *Appunti sull'autonomia negoziale*, II, cit., p. 463 ss.

⁵ Sul rapporto tra organizzazione reticolare dell'impresa e principio di sussidiarietà, v. M. NUZZO, *Contratto di rete: piano industriale e disciplina dei contratti di attuazione*, in ID., (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, II, p. 25; S. RAMETTA, *Autonomia organizzativa e sussidiarietà orizzontale nella disciplina del contratto di rete*, *ivi*, p. 3; P. PERLINGIERI, *Reti e contratti tra imprese tra cooperazione e concorrenza*, in *Studi in memoria di Bruno Carboni*, Napoli, 2010, p. 771.

⁶ Sullo sfondo emerge l'intenzione di rafforzare il modello di interazione tra settore pubblico e Terzo settore di tipo non conflittuale, ma integrativo o complementare che sfrutti la prossimità degli ETS ai bisogni dei cittadini e la maggiore agilità organizzativa nell'affrontare bisogni spesso eterogenei e difficilmente gestibili nella logica pubblica accentrata. Su tali modelli v. S. MORATTI, *Il possibile ruolo del terzo settore nelle politiche di gestione dei rischi catastrofali: considerazioni fiscali*, in *Riv. dir. fin. scienza fin.*, 2017, p. 234.

⁷ Sul tema v. da ultimo E. BATTELLI, *Il ruolo dei corpi intermedi nel modello italiano di società pluralista. 50 anni dopo la lezione di Pietro Rescigno*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, V. I, Milano, 2018, p. 303 ss.

2. Dal contratto di rete alle Reti associative.

Tra gli obiettivi del CTS vi è anche promuovere l'efficacia dell'azione imprenditoriale degli ETS⁸. In tale prospettiva, le reti sono considerate come uno strumento per renderne più efficace l'azione degli ETS sul territorio⁹. Appare perciò intuitivo ed, in certa misura, pertinente indicare nella disciplina del contratto di rete tra imprese l'antecedente normativo delle Reti associative nel CTS¹⁰. Infatti, non diversamente da quanto è avvenuto con il contratto di rete d'impresa, il riconoscimento delle Reti associative rappresenta un modo per dare rilevanza giuridica a fenomeni di coordinamento tra ETS ovvero tra ETS ed enti che presentano cointeressenze nel Terzo settore.

D'altro canto, l'assimilazione potrebbe indurre a trascurare le specificità delle Reti associative così come configurate nel CTS.

Ed invero, le Reti associative si qualificano, anzitutto e necessariamente, come associazioni (riconosciute o non) a cui aderiscono ETS (arg. ex art. 41 CTS) e dunque, quali enti esponenziali che, nell'ambito delle attività settoriali di cui si compone il Terzo settore (arg. ex art. 4- 5 CTS), contribuiscono a perseguire l'interesse generale.

Considerati anche gli sviluppi sull'evoluzione dell'autonomia statutaria nonché la stessa disciplina del contratto di rete che, senza porre alcuna differenza sul piano delle prerogative, rimette alle parti la scelta di attribuire o meno autonoma soggettività alla rete, le due tecniche impiegate potrebbe sospingere l'interprete ad una laica valutazione di equivalenza¹¹.

A nostro avviso, tuttavia, la distinzione strutturale e funzionale tra contratto e soggettività appare ancora rilevante almeno per cogliere sul piano dogmatico il senso di alcune regole che altrimenti non sarebbero *prima facie* comprensibili sul piano operativo. Il riferimento va alla circostanza che il

⁸ In tale senso la legge delega 6 giugno 2016, n. 106, art. 4 lett. p) : “*riconoscere e valorizzare le reti associative di secondo livello, intese quali organizzazioni che associano enti del Terzo settore, anche allo scopo di accrescere la loro rappresentatività presso i soggetti istituzionali*”.

⁹ Ed in questo senso deve leggersi quanto stabilito dall'art. 41 CTS che riconosce alle reti associative il ruolo di “*coordinamento, tutela, rappresentanza, promozione o supporto degli enti del Terzo settore loro associati e delle loro attività di interesse generale (...)*”.

¹⁰ Per una disamina dell'istituto v. Aa.Vv., *Contratto di rete di imprese*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2016 passim

¹¹ Nel senso che entrambe le tecniche che configurano “ordinamenti” di regole nei rapporti privati, come evidenziato da A. GENTILI, *Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratti di rete*, in *Obbl. e contr.*, 2010 p. 87 ss.

legislatore qualifica le Reti associative quali ETS. Si tratta di qualifica problematica considerato che essa non costituisce il denotato delle attività statutariamente riservate alle Reti dall'art. 41 CTS.

3. Modelli disciplinari e punti di intersezione

Un modo per cogliere operativamente tale differenza consiste nel valorizzare le peculiarità dell'operazione di riconoscimento operato dal legislatore per le reti nel Terzo settore. Ed invero, mediante il contratto di rete tra imprese, il legislatore ha sicuramente inteso riconoscere e consolidare i vantaggi relazionali spontaneamente prodottisi tra le imprese grazie al coordinamento reticolare. Detto strumento, tuttavia, presenta dei limiti intrinseci perché l'esigenza di coordinamento raccolta dal programma di rete ha una durata predeterminata. La ragione di ciò risiede nella circostanza che tale strumento è funzionale, anche laddove le parti intendano attribuire soggettività giuridica alla rete, a dare veste giuridica ad una comune iniziativa imprenditoriale volta a cogliere *specifiche e contingenti* opportunità di crescita esistenti nel mercato.

Ovviamente, anche nel settore *non profit*, è possibile che le reti si creino spontaneamente per tali propositi, né si può escludere che, a tale scopo, gli ETS scelgano di formalizzare i propri rapporti tramite il contratto di rete di impresa¹².

Altro è, però, quanto avviene nel contesto delle Reti associative. Di diverso vi è che le reti sono organizzate attraverso o, meglio ancora, all'interno dell'ente associativo¹³. Dunque, mediante le Reti associative, il legislatore ha individuato in un ente associativo imprenditoriale il livello organizzativo idoneo a svolgere la funzione *stabile* di impulso, coordinamento, tutela ed, eventualmente, anche di vigilanza degli ETS; in una parola, ad *attivare* quel dinamismo endogeno degli ETS in favore di forme di coordinamento imprenditoriale.

¹² Perciò occorre anche dare conto delle possibili interconnessioni tra i due istituti. Infatti, non si può escludere che : a) una rete associativa, in quanto ETS e dunque imprenditore, divenga parte di un contratto di rete; b) la Rete associativa, nell'ambito del suo mandato istituzionale, possa promuovere la sottoscrizione di contratti di rete tra i propri aderenti, siano essi ETS oppure enti di diversa natura.

¹³ Sul punto v. F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa. Riflessioni di una ricerca sul campo*, Bologna, 2007, p. 317 ss.

In questa prospettiva, la Rete associativa ben può proporsi quale “incubatrice” di nuove fenomeni di rete tra ETS ed ETS ed altri enti¹⁴.

4. La duplice funzione delle Reti associative nel CTS

Le segnalate differenze nella tecnica di riconoscimento delle reti rilevano sul piano ermeneutico per un aspetto che costituisce il *fil rouge* della disciplina che stiamo esaminando.

Mentre la disciplina del contratto di rete insiste esclusivamente sulla componente funzionale economica, *sub specie pro-concorrenziale* per gli aderenti alla rete, e dunque si presenta quale strumento abbastanza duttile da cogliere le occasioni presenti nel mercato, la disciplina della Rete associativa si presta ad essere compresa assecondando una *stabile* logica bivalente: da un lato, in relazione alla “funzione economica” svolta dalle associazioni, per la componente di servizio e promozione che le Reti associative sono chiamate ad offrire *stabilmente* alle imprese aderenti; dall’altro, per la “funzione politica” ossia di rappresentanza di interessi degli ETS aderenti alla Rete associativa condurrà *stabilmente* nel dialogo con le istituzioni¹⁵.

La dedotta duplicità di funzioni, economica e politica, delle Reti associative si ricava dalla disposizione di cui all’art. 41 CTS che caratterizza le Reti associative, da un lato, per lo svolgimento di “*attività di coordinamento, tutela rappresentanza, promozione o supporto degli enti del Terzo settore e delle loro attività di interesse generale*”, dall’altro, in via che parrebbe eventuale ed ulteriore rispetto all’attività statutaria tipica, “*anche (per) lo scopo di promuoverne ed accrescerne la rappresentatività presso i soggetti istituzionali*”.

Dunque, le Reti associative sono, da un lato, strumento di impulso e coordinamento degli ETS; dall’altro ente rappresentativo degli interessi di categoria.

Perciò, accanto alla funzione ausiliare delle attività degli ETS aderenti, le Reti associative si caratterizzano *anche* per la loro attitudine ad qualificarsi

¹⁴ Per un’ipotesi v. i consorzi ambientali su cui, per una riflessione d’insieme, F. DE LEONARDIS, *Le organizzazioni ambientali come paradigma delle strutture a rete*, in *Foro amm.*, CDS, fasc.1, 2006, p. 273 ss.

¹⁵ L’ambivalenze delle Reti associative riproduce un carattere innato degli ETS. Sul punto v. E. ROSSI, P. ADDIS, F. BIONDI DAL MONTE, E. STRADELLA, E. VIVALDI., *Identità e rappresentanza del terzo settore*, in Zamagni S. (a cura di), *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2011, p. 61 e ss.

come enti prudenziali e parziali¹⁶, strutture, quindi, non solo di coordinamento dell'attività economica delle imprese aderenti, ma anche di raccordo tra le stesse e le istituzioni, orientate a promuoverne ed accrescerne la rappresentatività in sede istituzionale¹⁷, ovvero a portare al cospetto del Governo (e quindi utilizzando un circuito alternativo a quello parlamentare)¹⁸, le plurime e spesso proteiformi istanze provenienti dai settori di cui si compone il mondo *non profit*.

5. La Rete associativa come ETS : il problema

Nella accennata prospettiva, le Reti associative costituiscono una *species* del più ampio *genus* dell'associazione imprenditoriale. Se ne distinguono, sul piano pratico, per una sicura valorizzazione dell'attività economica di supporto agli ETS aderenti e sul piano sistemico perché le Reti associative sono calate all'interno di una disciplina obiettivamente *selettiva*, dunque discrezionale ancorché non arbitraria, nel riconoscimento degli interlocutori istituzionali (arg. ex art. 41, 1° co. lett. a) e 2° co. CTS).

Sul piano normativo, la Rete associativa stessa è qualificata come ETS, ossia come imprenditore operante nel Terzo settore.

Il punto non è di secondaria importanza. Il legislatore qualifica la Rete associative come ETS già all'art. 4, 1° co. CTS e ribadisce specialmente tale nozione dall'art. 41 CTS.

Ciò che pare importante sottolineare è che il rilievo delle filiere imprenditoriali nel Terzo settore passa proprio attraverso l'adesione alla c.d. Rete associativa: nel linguaggio del CTS "organizzazioni di secondo livello"; in quello civilistico o dogmatico "enti intermedi". Tenuto conto della natura intermedia di tali enti, ogni intervento selettivo degli interlocutori deve essere misurato sul piano della tenuta del pluralismo democratico che deve costituzionalmente ispirare le politiche di amministrazione del Terzo settore. Infatti, nel caso delle Reti associative il fatto organizzativo non rileva immediatamente come volto allo sviluppo

¹⁶ Sul significato di tali aggettivazioni, si rinvia alla disamina di G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati. Contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, Milano, 2005, p. 39 ss.

¹⁷ Come si evince sempre dall'art. 41 cit. CTS "(...) anche allo scopo di promuoverne ed accrescerne la rappresentatività presso i soggetti istituzionali".

¹⁸ In ciò non può non vedersi un ulteriore segno del superamento del parlamentarismo democratico in favore di una forma di neocorporativismo da calare nel contesto dell'economia di mercato.

della persona quanto, piuttosto, al coordinamento dell'altrui attività imprenditoriale.¹⁹

In questa prospettiva, nel solco di un itinerario dottrinale che differenzia tra enti intermedi a copertura costituzionale (si pensi a sindacati e partiti politici) e “formazioni sociali” ex art. 2 Cost. costituzionalmente tipizzati, potrebbe allora concludersi che le Reti associative, sfuggirebbero alla copertura costituzionale indotta dal referente “*formazioni sociali*” di cui all’art 2 Cost., ragione per cui la loro rilevanza nel giuridico avrebbe dovuto essere acquisita attraverso la forma della personalità giuridica; il che, invece, non è, posto che le Reti possono svolgere la propria attività in forma associativa riconosciuta o meno.

Non lo è perché nel sistema congegnato dall’art. 4 e dall’art. 41, 1° co. le Reti associative si qualificano come ETS. Si noti che è proprio tale qualificazione a costituire il *medium* attraverso cui le Reti associative registrate acquisiscono una serie di prerogative abilitanti ed agevolazioni tributarie.

Non solo, perché per la medesima ragione, esse sono sottratte dal regime generale concessorio della personalità giuridica per essere accolte all’interno del sistema normativo complessivamente derogatorio previsto dall’art. 22, 1° co. CTS. Eppure - si badi - si tratta di deroga la cui giustificazione sarebbe da rintracciare unicamente nella rilevanza dello scopo (art. 1 e 2 CTS). Considerata l’attività statutariamente riservata a tali Enti, la qualifica desta nell’interprete qualche perplessità parendo eccedente rispetto alla funzione assegnata.

In un senso, per ora provvisorio e iniziale, tale operazione non può essere interpretata come un *escamotage* unicamente pensato per acquisire le Reti associative all’interno di un complessivo meccanismo agevolatorio o abilitante predisposto dal legislatore. A nostro avviso, invece, la condizionante qualificazione della Rete associativa quale ETS rappresenta la

¹⁹ Ritengo di potere scorgere in questa prima considerazione un risultato teorico iniziale, ossia che le Reti associative non possono qualificarsi formazione sociale coperta dalla garanzia costituzionale di cui all’art. 2 Cost. in ragione della prossimità alla persona, ma formazione intermedia, ragione per cui per esse non vale il principio di neutralità delle forme giuridiche, rispondendo la forma associativa ad una scelta legislativa discrezionale che preclude ad enti diversamente congegnati di svolgere la medesima funzione tipica attribuita alle Reti associative. Sul punto v. da ultimo A. BARBA, *Costruzione della soggettività meta individuale e riconoscimento della personalità giuridica: libertà associativa e democrazia pluralista*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, V. I, Napoli, 2018, 201 ss., specialm. p. 204, che ritrova le ragioni di tale distinzione nelle pagine di P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 301 ss.

chiave per acquisire il criterio selettivo individuato per le Reti associative. In altri termini, diviene compito dell'interprete tentare di assegnare dignità assiologica a tale qualifica acquisendola all'interno di un orizzonte culturale più ampio, radicato nel sistema costituzionale del pluralismo democratico proprio del Terzo settore.

6. Profili sistematici.

Nel contesto del Titolo V, la Rete associativa viene altresì configurata quale *categoria* di ETS avente una disciplina particolare. Sicché, almeno secondo quanto argomentabile in base all'art. 3,1° co. CTS, all'interprete è attribuito il compito di coordinare le regole generali dettate dal CTS per le associazioni, riconosciute o non, di cui Titolo IV del CTS e la disciplina speciale, la prima dovendosi applicare in quanto non espressamente derogate dalla disciplina particolare e nei limiti della compatibilità.

Sempre l'art. 41 CTS s'incarica di specificare la nozione di Rete associativa rilevante ai fini dell'applicazione della speciale disciplina loro dedicata individuandone a) i caratteri strutturali (la necessaria base associativa, riconosciuta o non); b) il requisito dimensionale, variamente articolato a seconda che si tratti di Rete associativa o Rete associativa nazionale; c) l'attività statutaria necessaria (oltre a quella solo eventuale di controllo e vigilanza assunto dalle Reti associative nazionali).

Dalla disposizione di cui all'art. 46 CTS, recante la disciplina della struttura per sezioni del Registro unico del Terzo Settore, si evince poi che, condizione affinché alla Rete associativa possa applicarsi la disciplina per la stessa congegnata, è che la Rete s'isciva nel Registro statale unico degli ETS nella sezione appositamente dedicata. Laddove e fin quando ciò non avvenga, l'associazione non potrà perciò vedere riconosciuta la propria qualità di Rete associativa, né potrà dichiararla all'esterno, con conseguente inapplicabilità di tutta la disciplina, non solo tributaria, per essa congegnata dal CTS.

Infine, la disposizione di cui all'art. 46,2° co. CTS restituisce all'interprete un'immagine ancora più multiforme delle reti associative. Ivi si ammette, infatti, le sole reti associative alla possibilità di iscriversi contemporaneamente, oltre a quella loro appositamente dedicata, in “*due o più sezioni*” del Registro. Se ne deduce che esse possono acquisire non solo la veste di Rete associativa ma anche, nei limiti della compatibilità strutturale, di un'altra categoria di ETS (impresa sociale, organizzazione di

volontariato, associazione di promozione sociale, ente filantropico, società di mutuo soccorso).

7. La registrazione delle Reti associative.

Ovviamente, la scelta di registrarsi ha natura volontaria. Non è escluso che libere associazioni di categoria scelgano di non conformarsi ai requisiti richiesti dalla legge per qualificarsi Rete associativa. Del resto, nella logica di sistema delineata dal CTS, una libera associazione di categoria potrebbe svolgere la funzione di coordinamento degli enti aderenti anche in assenza del riconoscimento del dato formale.

La scelta di non conformarsi alle prescrizioni normative non è, tuttavia, priva di conseguenze. Essa avrebbe ben scarse possibilità di svolgere efficacemente la funzione di rappresentanza degli interessi di categoria. In assenza del dato formale della registrazione, le sarebbero precluse una serie di prerogative che supportano la funzione politica di rappresentanza: non solo quella prevista dall'art. 41, 4° co. CTS (*id. est.*: il potere di promuovere partenariati e protocolli di intesa con le pubbliche amministrazioni) ma anche, ad esempio quella di cui all'art. 72 CTS di porsi quale struttura di raccordo rispetto alle iniziative del Fondo *destinate* (v. art. 41,5° co. CTS) a sostegno dei settori coperti dagli ETS ovvero alla promozione o costituzioni di reti²⁰; oppure quella di orientamento degli ETS aderenti [si pensi alla predisposizione dei codici di comportamento in cui indicare specifici requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza per ricoprire la carica di amministratore (art. 26, 3° CTS); oppure di secondare un regime

²⁰ Ancora più specifica è l'attività di sostegno per le organizzazioni di volontariato che aderiscono alle reti nazionali, il cui accesso ai fondi deve, ai sensi dell'art. 76 CTS, necessariamente essere intermediato dalle reti associative cui aderiscono. Ed ancora, la disciplina di cui al Dpr. 28 luglio 2017, n. 114049 che istituisce "Fondazione Italia" che, ai sensi dell'art. 2 "può compiere ogni atto e concludere tutte le operazioni contrattuali di natura immobiliare, mobiliare e finanziaria, che siano considerate necessarie e/o utili per il raggiungimento dei suoi scopi istituzionali ed amministrare e gestire i beni di cui sia proprietaria, locatrice o comodataria, o comunque posseduti; in particolare, in via esemplificativa e non esaustiva: partecipare o concorrere alla costituzione di fondazioni, associazioni, consorzi o altre forme associative, pubbliche o private, comunque volte al perseguimento degli scopi della Fondazione: (...) g.) costituire ovvero concorrere alla costituzione, sempre in via accessoria e strumentale, diretta o indiretta, al perseguimento degli scopi istituzionali, di imprese sociali, come definite dalla legge 6 giugno 2016, n. 106, società, anche benefit, cooperative e reti, nonché partecipare a società del medesimo tipo (...)".

semplificato d'iscrizione al Registro che, come prefigurato dall'art. 47, co. 5 CTS, viene riservato agli ETS che adottino i modelli standard tipizzati di atto costitutivo e/o statuto redatti dalle Reti associative].

Appare intuitivo che un'operatività monca nella funzione di rappresentanza degli interessi di categoria presso le istituzioni costituisce disincentivo all'adesione da parte degli ETS. È in questo modo che lo Stato ha inteso riservarsi un margine di discrezionalità nel riconoscimento delle Reti associative abilitate a trattare con le istituzioni.

Sotto questo profilo, la tecnica della registrazione è sintomatica della volontà di "selezionare" le Reti associative che potranno interloquire sulla scorta dei requisiti previsti dall'art. 41, 1° co. lett. a e b) CTS marginalizzando quelle forme associative che non hanno i requisiti dimensionali ovvero, pure avendoli, preferiscono "restare nell'ombra". Considerato che la disciplina appare anche preordinata a censire le associazioni imprenditoriali che nel mondo del Terzo settore si candidano, proprio per la loro capacità rappresentativa, a svolgere la funzione di *lobbying* presso le istituzioni, la logica abilitante della registrazione presso il Registro unico del Terzo settore appare assecondare un'elementare esigenza di trasparenza nella conduzione dell'azione di pressione politica.

8. Le Reti associative come ETS: profili operativi

Concentriamo l'attenzione sulle Reti associative definite dall'art. 41 CTS che, dunque, possiedono anche i requisiti per qualificarsi ETS. Deve osservarsi come la scelta di qualificare le Reti associative come ETS appare frutto di una precisa scelta legislativa. Infatti, affinché esse possano iscriversi al Registro nell'apposita sezione, si *presuppone* il possesso dei requisiti di cui all'art. 4 e 5 CTS, occorre cioè che esse *esistano* per *svolgere* effettivamente attività d'impresa in uno o più settori d'interesse generale elencati all'art. 5, 1° co. CTS.

Dato il presupposto, alla Rete associativa è conferita la possibilità di iscriversi in più sezioni del Registro unico nazionale, compreso, laddove non assuma altra forma tipica di impresa *non profit*, quella residuale di cui alla lettera g) "*Altri enti del terzo settore*"²¹. A tali condizioni, alle Reti associative si applicherà la disciplina generale prevista dal CTS per gli ETS, compresa la disciplina di agevolazione tributaria nonché la disciplina

²¹ Si concorda in proposito con A. FUSARO, *Gli enti del terzo settore nel codice introdotto dalla riforma*, cit., p. 862; G. PONZANELLI, *Enti del Terzo Settore: la categoria*, cit., p. 5.

dedicata dal Capo III del Titolo IV alle associazioni del Terzo settore. Laddove risultino carenti i predetti requisiti di cui all'art. 4 e 5 CTS, e dunque laddove l'associazione imprenditoriale svolga unicamente la funzione di rappresentanza politica degli interessi di categoria, saremmo in presenza di associazioni, riconosciute o non, totalmente sottoposte alle regole del codice civile.

La lettura delle singole disposizioni non chiarisce, non almeno immediatamente, alcuni aspetti strutturali e funzionali delle Reti associative e, segnatamente : a) se le reti associative possano associare unicamente ETS (secondo quanto potrebbe desumersi dalla disposizione di cui all'art. 41 CTS) oppure possano associare anche cittadini, secondo quanto si ricaverebbe dalla definizione di ETS di cui all'art. 4 e 5 CTS, in una delle possibili ulteriori configurazioni che la Rete può assumere, ovvero anche enti che non siano del Terzo settore (ma che, tuttavia, agiscono nel Terzo settore); b) se, quindi, le Reti associative debbano svolgere unicamente le attività previste dall'art. 41, 1° co. lett. b) CTS, e dunque dedicarsi allo svolgimento di attività ausiliaria in favore degli enti, oppure possano svolgere direttamente, quale ETS per mezzo dei propri associati, anche le attività di interesse generale previste dall'art. 5,1° CTS; c) ed operativamente, se le Reti associative debbano pertanto necessariamente adottare una qualsiasi forma ulteriore alla propria, di talché debbono comunque iscriversi in una sezione ulteriore (anche quella residuale), oppure se, ai sensi dell'art. 46 CTS, le reti associative possano iscriversi nel Registro unico nazionale unicamente alla sezione loro specificamente dedicata.

Per rispondere alle predette questioni, occorre necessariamente adottare un approccio sistematico che tenga conto della duplice logica che governa un'associazione di categoria.

9. L'attività economica delle Reti associative: problemi di coordinamento

Conviene partire dall'attività "economica" osservando come, ai sensi dell'art. 41 CTS, la rete associativa *in quanto tale* è deputata a svolgere un'attività economica di "*coordinamento, tutela rappresentanza, promozione o supporto degli Enti del Terzo settore loro associati e delle loro attività di interesse generale (...)*". Questa è l'attività statutaria della Rete associativa e come tale essa costituisce l'oggetto dell'integrazione statutaria richiesta dall'art. 101 CTS al fine della permanenza nel Registro;

“*integrazione*” è termine non innocuo considerato che esso presuppone un’ulteriore attività statutaria.

A tale proposito, il coordinamento normativo tra gli artt. 4, 5 e 46 CTS presuppone che le reti associative, proprio perché ETS, possono altresì essere costituite per il perseguimento “*senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi*” (art. 4,1° co. CTS). D’altro canto, ciò che viene richiesto non è solo un dato programmatico formale perché il principio di effettività reclama l’esercizio “*in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale*” (art.5,1° co. CTS).

Dunque, coordinando tali disposizioni, si evince che le Reti associative, in quanto ETS, debbano *direttamente* svolgere una o più attività di interesse generale tra quelle elencate dall’art. 5. A tale scopo, esse potranno configurare un rapporto associativo diretto anche con enti e persone fisiche (non solo con enti come, invece, lascerebbe intendere l’art. 41 CTS).

Tale assunto potrebbe essere contestato alla luce dell’art. 41,2° co. CTS che, equiparando alle Reti associative anche le associazioni del terzo settore formate da 100.000 persone, potrebbe generare l’equivoco che le Reti associative in quanto tali non potrebbero intrattenere alcun rapporto associativo diretto. Tuttavia, tale equivoco deve essere fugato anzitutto riducendo la portata euristica della disposizione di cui all’art. 41,2° ult. periodo. Essa, infatti, vale unicamente a chiarire che le associazioni del terzo settore, iscritte come tali nella sezione g) del Registro unico nazionale, possono essere *assimilate* alle reti associative nazionali nel rispetto dei requisiti quantitativi e qualitativi ivi previsti. Inoltre, tale assimilazione opera soltanto ai fini di cui all’art. 59, 1° co. lett. b) CTS, ovvero al solo fine di consentire l’ingresso ad associazioni particolarmente rappresentative di interessi diffusi nel Consiglio nazionale del Terzo settore²².

L’esito qui sostenuto appare, peraltro, confermato da una lettura sistematica delle disposizioni, ed in particolare dal rinvio operato dall’art. 41,6° co. del CTS alla disciplina delle reti associative operanti nel settore di cui all’art. 5, comma 1, lettera y) “*protezione civile ai sensi della legge 24*

²² Dunque, si tratta di consentire ad associazioni escluse dal novero di quelle candidabili ai sensi della lett. a) dell’art. 59, 1° co. CTS di eleggere comunque i propri componenti nel Consiglio come reti associative assimilate, ancorché non siano tecnicamente reti associative.

febbraio 1992, n. 225, e successive modificazioni”²³. Tale rinvio, il cui scopo primario è chiarire il coordinamento con la disciplina prevista dall’art. 1, 1° co. lettera d) L. 16 marzo 2017 n. 30²⁴, costituisce conferma della circostanza che le reti associative dovranno svolgere una delle attività d’interesse generale tassativamente elencate all’art. 5, 1° co. CTS.

Dunque, appare evidente che le Reti associative potranno svolgere, anche mediante i propri iscritti, direttamente una o più attività di interesse generale. D’altro canto, non può nemmeno escludersi l’ipotesi di un ETS, già iscritta nella propria sezione del Registro che, acquisendo l’adesione di un numero di enti sufficienti, ed avendo forma associativa, possa assumere la qualifica di Rete associativa e procedere come tale all’iscrizione nella relativa sezione del registro.

10. Gli ETS puri

Conviene adesso chiedersi se le reti associative in quanto ETS debbano *necessariamente* svolgere, oltre alla propria attività statutaria prevista dall’art. 41 lett. b) anche un’attività d’interesse generale prevista dall’art. 5 CTS. Il dubbio che si affaccia è che, poiché la sola attività ausiliaria di promozione e coordinamento delle reti, non integrerebbe un’attività d’interesse generale, si addiverrebbe ad una possibile antinomia, poiché una

²³ Si noti che l’art. 33 D.lgs., 2.01.2018 n. 1 (Codice della protezione civile), stabilisce che le reti associative, già iscritte nel registro unico di cui all’art. 46 del CTS saranno altresì soggette all’obbligo di iscrizione nel previsto Elenco nazionale del volontario di protezione civile di cui all’art. 34. Si tratta di una sommatoria di adempimenti il cui coordinamento è stato demandato al Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali secondo la procedura stabilita dall’art. 53 del CTS. Merita altresì osservare che la disciplina prevista dal Codice della protezione civile stabilisce una definizione autonoma di reti associative e di reti associative nazionali (ancorché ai soli fini dell’art. 96 del CTS).

²⁴ Si tratta della legge delega al Governo per il riordino delle disposizioni legislative in materia di sistema nazionale della protezione civile, nel cui ambito trova spazio anche la *“Disciplina della partecipazione e delle responsabilità dei cittadini, singoli e associati, anche mediante le formazioni di natura professionale, alle attività di protezione civile, con riferimento alla pianificazione delle iniziative da adottare per fronteggiare l'emergenza, alle esercitazioni, alla diffusione della conoscenza e della cultura della protezione civile allo scopo di promuovere la resilienza delle comunità, anche attraverso la consapevolezza dei diritti e dei doveri, e l'adozione di misure di autoprotezione, con particolare attenzione alle persone in condizioni di fragilità sociale e con disabilità, nonché di promuovere e sostenere le organizzazioni di volontariato operanti nello specifico settore, anche attraverso la formazione e l'addestramento dei volontari ad esse appartenenti, favorendone l'integrazione in tutte le attività di protezione civile.”*

Rete associativa pura non sarebbe una ETS. Eppure, appare più che plausibile l'ipotesi che la Rete associativa svolga unicamente l'attività ausiliaria di cui alla lett. b) dell'art. 41, 1° CTS.

Consapevole di un possibile *impasse*, il legislatore ha individuato la soluzione al problema annoverando, tra le attività d'interesse generale, anche quella che si risolve nella prestazione in via esclusiva o principale di “*servizi strumentali ad enti del Terzo settore*” (arg. ex art 5,1° co. lett. m). A nostro avviso, detta prestazione di servizi strumentali ad enti del Terzo settore (che di per sé non sarebbe attività d'interesse generale) coincide proprio con l'attività statutaria che le Reti associative devono svolgere ai sensi dell'art. 41, 1° co. lett. a). In altri termini, la previsione di cui all'art. 5, 1° co. lett. m) consente alla Rete di operare, in via esclusiva o principale, come Rete associativa *senza che ciò* comporti dismissione della qualifica di ETS.

Si tratta di disposizione che rende ancora più evidente come la qualifica di ETS costituisca, nell'ottica legislativa, un *presupposto* indefettibile affinché sia configurabile una Rete associativa. D'altro canto, posto che la funzione economica svolta dalle Reti associative pure partecipa della logica dell'azione collettiva di ogni associazione imprenditoriale, al netto di un chiarimento, si potrebbe palesare il rischio di un contrasto tra la qualifica di ETS, e le connesse agevolazioni tributarie, con la disciplina degli aiuti di Stato.

Probabilmente, il rischio deve ritenersi scongiurato dall'adozione di un meccanismo selettivo che, rispetto ad ogni Rete associativa, alza l'asticella quantitativa (sul piano del numero degli ETS aderenti [art. 41, 1° co. lett. a) e 2° co. CTS] ed adotta criteri geografici e tematici di carattere obiettivo. A tali criteri base, si aggiunge il requisito nella composizione delle Reti associative che svolgano unicamente funzione di coordinamento [arg. ex art. 5, 1° co. lett. m) CTS]. In tali casi, perciò, fermo restando il requisito dimensionale di cui all'art. 41, 1° e 2° co. CTS, occorrerà che la Rete associativa sia composta in misura non inferiore al 70% da ETS, secondo quanto previsto dall'art. 5,1° co. lett. m). Con il che si chiarisce che, laddove la Rete associativa svolga statutariamente soltanto la sua funzione ausiliaria, allora per dirsi attività d'interesse generale dovrà essere rivolta in misura preponderante ad aderenti che rivestano la qualifica di ETS (ovvero non direttamente a persone fisiche né ad enti che non rientrano tra quelli del Terzo settore). Ovviamente, laddove la proporzione indicata dall'art. 5,1° co. lett. m) CTS non sia rispettata, non potrà essere ammessa l'iscrizione della Rete al Registro unico e ciò – si badi - non per difetto dei presupposti di cui all'art. 41 CTS, ma per la ragione che l'associazione non è una ETS.

11. La disciplina patrimoniale della Rete associativa

Uno sguardo alla disciplina del patrimonio delle Reti associative consente di chiarire il rilievo civilistico che assume la loro qualifica di ETS e specificare la funzione ausiliare che le Reti associative possono svolgere²⁵. Ed invero, a prescindere dal riconoscimento della personalità giuridica, anche il patrimonio delle reti associative dovrà qualificarsi, ai sensi dell'art. 8,1° co. CTS alla stregua di patrimonio destinato all'esclusivo perseguimento dei servizi strumentali ad enti del Terzo settore secondo la dizione dell'art. 5,1° co. lett. m) CTS ovvero dall'art. 41, 1° co. lett. b) CTS.

Alla Rete associativa non sarà nemmeno precluso lo svolgimento della propria attività statutaria *in forma di* impresa commerciale, nel qual caso, la Rete associativa dovrà procurare di iscriversi anche nel registro delle imprese. Ciò salvo nel caso in cui la rete non assuma la forma organizzativa di impresa sociale perché, a tali condizioni, l'iscrizione nel registro delle imprese varrà ad esonerarla dalla corrispondente iscrizione nel registro unico del Terzo settore (ma non dall'iscrizione nella sezione dedicata alle Reti associative).

Quanto rilevato apre altresì la possibilità anche alle Reti associative aventi personalità giuridica di esercitare la propria attività strumentale in via esclusiva o prevalente sotto forma di impresa commerciale, previa iscrizione nel registro delle imprese, nonché di costituire uno o più patrimoni destinati ad uno specifico affare ai sensi dell'art. 2447 bis ss. c.c. affinché essa possa svolgere il ruolo di *partner* commerciale di un gruppo di ETS aderenti rispetto a determinati progetti di rete.

Perciò, la funzione economica ausiliaria che le Reti associative devono esercitare non preclude il possibile svolgimento di ulteriore attività d'interesse generale in maniera convergente con gli ETS aderenti. Tanto la disciplina del patrimonio destinato allo scopo ausiliario, quanto la possibilità, sussistendone le condizioni, di costituire un patrimonio destinato ad uno specifico affare, rafforza la funzione della Rete associativa quale *partner* nella promozione e sviluppo imprenditoriale degli ETS aderenti nello svolgimento delle loro attività d'interesse generale.

²⁵ Sul tema della disciplina del fondo patrimoniale nel contratto di rete, v. L. BENCINI, *La responsabilità della rete di imprese*, in *Contratto di rete di imprese*, cit., p. 214.

12. La Rete associativa come ente prudenziale

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, è possibile riprendere il problema dal quale siamo partiti, ossia la dubbia qualifica delle Reti associative come ETS, al fine di prospettare un'ipotesi di spiegazione.

Come detto, essa non risponde, almeno non immediatamente, ad una descrizione social – tipica del fenomeno, ma è il frutto di una valutazione operata dal legislatore che riconosce come anche la sola attività ausiliaria svolta dalle Reti associative, purché operante nei limiti dimensionali previsti dall'art. 5, 1° co. lett. m) CTS, possa essere classificata “attività di interesse generale”. Al fine di connotare in senso assiologico tale operazione, occorre passare allo scrutinio della funzione politica che il CTS assegna alle Reti associative.

In altri termini, dal dato normativo emerge chiaramente come mentre la qualifica di ETS non è funzionale allo svolgimento dell'attività statutaria tipica delle Reti associative, *soltanto se* le Reti associative si conformino alle determinazioni strutturali e funzionali prescritte dal CTS, e dunque siano esse stesse ETS, potranno svolgere anche la propria funzione di rappresentanza degli interessi di categoria. Detto altrimenti, non qualsiasi Rete associativa potrà interloquire con lo Stato, ma solo quella che, raggiungendo i limiti dimensionali normativamente previsti, possa altresì essere riconosciuta come ETS, ovvero, purché svolga direttamente anche una o più attività d'interesse generali prevista dall'art. 5 CTS, oppure laddove svolga unicamente l'attività strumentale o ausiliaria nei limiti dimensionali previsti dall'art. 5, 1° co. lett. m).

È in questa prospettiva che, a nostro avviso, si chiarisce il senso di un'operazione che cataloga le Reti associative quali ETS aventi una disciplina particolare. Come detto, tale qualifica rappresenta un *presupposto* normativo la cui *ratio* non si spiega se la si riferisce al tipo di attività economica ausiliaria statutariamente riservata. Essa può, invece, guadagnarsi osservandola alla luce della funzione politica di rappresentanza degli interessi dei propri aderenti che le Reti associative possono ulteriormente svolgere.

13. La funzione politica delle Reti associative

La funzione politica o di rappresentanza d'interessi svolta dalle Reti associative viene tradotta dall'art. 41 nello scopo, ulteriore rispetto a quello statutario, delle Reti associative di “*promuoverne e accrescerne la rappresentatività presso i soggetti istituzionali*”.

Sul piano normativo, la capacità di ergersi quale ente rappresentativo delle reti di imprese emerge dal requisito dimensionale di carattere quantitativo-qualitativo da cui dipende la possibilità dell'associazione di affermarsi quale "Rete associativa" o "Rete associativa nazionale"²⁶.

I requisiti indicati soddisfano l'esigenza pragmatica che tali organizzazioni di secondo livello si pongano quali enti *effettivamente* rappresentativi, sia per settori di attività che per localizzazione geografica, degli interessi dei propri aderenti²⁷.

Le dimensioni richieste potrebbero rivelarsi proibitive da raggiungere (come del resto si deduce anche dalla disciplina meno esigente prevista dal Codice della protezione civile) in ragione della combinazione necessaria dei criteri aggregativi non solo tematici ma anche geografici.

Tuttavia - ed in ciò emerge in ulteriore luce la presupposta qualifica di ETS che la legge esige abbiano le Reti associative - il *favor* per aggregazioni più ampie viene concretizzato anche mediante l'estensione alle Reti delle agevolazioni tributarie dedicate agli ETS; in secondo luogo, consentendo anche ad ETS composte da enti di costituire una rete in modo da raggiungere i requisiti dimensionali necessari per qualificarsi come Reti associative.

D'altro canto, nella logica di sistema, la registrazione degli ETS anche nella sezione delle Reti associative consente di dare trasparenza all'attività di rappresentanza degli interessi mediante la registrazione delle Reti associative, ovvero un sistema che consenta di riconoscere gli interessi specifici degli ETS che vi appartengono.

Infine, il legislatore ammette la possibilità che sussista anche una rete di terzo livello, il che rappresenta un dato sistematicamente coerente con la *ratio* di fondo appena sopra enunciata. Ancora una volta, merita evidenziare, nell'itinerario ermeneutico che stiamo tentando di costruire, è che, nel disegno legislativo, queste forme di coordinamento più strutturate sono

²⁶ Il numero di tali enti aderenti deve essere direttamente, o anche indirettamente, non inferiore a 100 ETS (500 per le reti associative nazionali) oppure, in alternativa, almeno 20 fondazioni (100 fondazioni per le reti associative nazionali); infine, le sedi legali o operative degli enti aderenti devono essere presenti in almeno cinque regioni o province autonome (dieci per le reti associative nazionali). Non è da escludere che le reti associative possano annoverare anche imprese commerciali *for profit* oppure enti diversi da quelli appartenenti al Terzo settore (art. 4,2° co. CTS), all'interno della loro organizzazione; semplicemente, il legislatore le esclude dal computo degli enti necessari per definire la rete associativa.

²⁷ In questo senso depone l'art. 4 della legge delega 6 giugno 2016, n. 106 cit. che tra i principi e criteri direttivi enuncia quello di "*riconoscere e valorizzare le reti associative di secondo livello, intese quali organizzazioni che associano enti del Terzo settore, anche allo scopo di accrescere la loro rappresentatività presso i soggetti istituzionali*".

incentivate *purché* le Reti associative siano ETS in uno dei sensi sopra specificati, ovvero, esercitino direttamente quantomeno l'attività statutaria ausiliaria prevista dall'art.41 lett. a).

14. Le regole sulle delibere nella Rete associativa.

Appare ancora utile riflettere sul contenuto della regolamentazione statutaria che le Reti associative possono adottare con riferimento alla disciplina della formazione della propria volontà assembleare. Si comprende l'importanza che assume questa disciplina proprio in rapporto alla funzione di rappresentanza politica che tali ETS sono deputate a svolgere presso le istituzioni.

È proprio in questa dimensione che si percepisce la Rete associativa come profondamente diversa da quella contrattuale. Ed invero, nella gestione dell'attività associativa, l'interesse della singola impresa aderente a breve termine ed occasionale potrà essere sacrificato dall'insorgenza di un interesse a lungo termine della categoria stabilmente rappresentato dall'associazione. In questo senso depongono le regole complessivamente derogatorie previste dalla disciplina di cui all'art. 41 CTS.

Partendo dalle disposizioni di cui ai commi 8°,9°,10° dell'art. 41 CTS, il legislatore ha introdotto la possibilità di una disciplina complessivamente derogatoria rispetto al diritto di voto, delle deleghe di voto e delle competenze dell'assemblea degli associati da ridurre a coerenza con i criteri a cui deve ispirarsi la *governance*, ovvero ai principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali di cui al comma 7° dell'art. 41 CTS.

Quanto alla disposizione di cui al 2° co. dell'art. 24 CTS, essa si giustifica per la ragione che, a differenza di ogni altro ETS, nel caso delle Reti associative, si assiste ad una programmatica adesione di un ampio numero di ETS soprattutto localizzate in diverse regioni. Si noti, infatti, che nel disegno del legislatore, è richiesto sia un certo livello di aggregazione territoriale (orizzontale) sia per settore di attività (verticale). Mentre il secondo tipo di articolazione si ispira ad una logica omogeneizzante, la prima invece reclama attenzione per la specificità degli interessi locali. A tali condizioni, la disciplina del voto prevista dall'art. 24 CTS nonché la scelta in favore di un criterio proporzionale nel voto ponderato unicamente ispirato al numero degli aderenti o associati, avrebbe potuto sacrificare eccessivamente gli interessi diffusi ed eterogenei a livello locale, rivelandosi inidoneo a garantire il rispetto, oltre che del principio di democraticità, anche di quello di pari opportunità ed eguaglianza. Per tale ragione si è lasciato all'autonomia statutaria la scelta di

calibrare il peso che ciascun ente deve avere nella formazione della delibera assembleare individuando criteri più idonei che rispettino la necessaria rappresentanza di interessi per settori e locali.

Quanto al 3° co. dell'art. 24 CTS, il riferimento alla deroga alle sole *modalità e limiti* delle deleghe di voto indica che, a differenza di ogni altro ETS il cui statuto o atto costitutivo può anche escludere la prassi, lo statuto della rete associativo non può escludere la pratica del voto mediante delega. La deroga alle modalità ed ai limiti, peraltro, devono comunque essere orientate dallo scopo pratico di semplificare la formazione della volontà assembleare. Inderogabile appare l'applicazione della disciplina di cui all'art. 2372,4 e 5° co. c.c. poiché si tratta di regole tese ad impedire il conseguimento da parte degli amministratori di posizioni di dominio in assemblea. Infine, la disciplina in deroga delle competenze assembleari di cui all'art. 25, 1° co. CTS s'inscrive nella medesima logica sottesa al 2° co. dell'art.25 cit., ed è giustificata in ragione della dimensione associativa. Sarà ovviamente a carico dell'autonomia statutaria assicurare l'equilibrio tra i suddetti criteri e la ragione pratica di concentrare in assemblea solo le competenze più rilevanti, nel rispetto dei criteri previsti dal comma 7°.

15. La funzione di controllo

Il CTS ascrive alle Reti associative anche una funzione di controllo sull'attività degli ETS aderenti, funzione che, peraltro, deve essere svolta, alla luce del principio di trasparenza, in maniera da favorire la piena conoscibilità dell'attività svolta dagli ETS aderenti nei confronti non solo dei propri associati ma anche del pubblico²⁸.

La vera e propria funzione di controllo e vigilanza è stata, tuttavia, riservata alle Reti associative nazionali dall'art. 41, 2° co. CTS. Tale

²⁸ In questo senso depone l'art. 7,2° co della legge delega 6 giugno 2016, n. 106 cit. "*Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nell'ambito delle attività di cui al comma 1, promuove l'adozione di adeguate ed efficaci forme di autocontrollo degli enti del Terzo settore anche attraverso l'utilizzo di strumenti atti a garantire la più ampia trasparenza e conoscibilità delle attività svolte dagli enti medesimi, sulla base di apposito accreditamento delle reti associative di secondo livello di cui all'articolo 4, comma 1, lettera p), o, con particolare riferimento agli enti di piccole dimensioni, con i centri di servizio per il volontariato di cui all'articolo 5, comma 1, lettera e)". Tale criterio è stato tradotto dalla specificazione legislativa contenuta all'art. 41 CTS che richiede di specificare nello statuto anche l'eventuale "*utilizzo di strumenti informativi idonei a garantire trasparenza e conoscibilità in favore del pubblico e dei propri associati*".*

disposizione qualifica l'attività di controllo e vigilanza come aggiuntiva (rispetto all'attività statutaria tipica della rete) e facoltativa²⁹.

La tipologia di controlli demandata dalle Reti associative nazionali sui propri aderenti pare anche cospicua e, almeno da una ricognizione del dato normativo, non lascia intendere la possibilità di un adempimento puramente burocratico o formale.³⁰ Infatti, una volta acquisito a livello statutario anche tale attività di monitoraggio e controllo, ed iscritta la Rete nella sezione del registro alla stessa dedicata, il suo svolgimento effettivo dovrà essere autorizzato da parte del Ministero del lavoro e delle politiche sociali all'esito dello scrutinio dei requisiti tecnici e professionali da cui desumere un efficace espletamento dell'attività di controllo (art. 96 CTS). Si noti che tale autorizzazione vale sino a quando la rete non sia cancellata dal registro e salvo revoca ministeriale per accertata inidoneità allo svolgimento dell'attività di controllo³¹.

Considerato l'ingrato compito tipico loro assegnato dal legislatore, ossia quello di essere una sorta di "watchdog" degli ETS aderenti, si può preconizzare che ben poche saranno le Reti che chiederanno l'autorizzazione allo svolgimento di tale attività. Del resto, l'equiparazione *tout court* di tutte le Reti associative, e non solo di quelle nazionali, ad ETS, equiparazione da cui consegue in ogni caso il beneficio fiscale ed ogni altra prerogativa

²⁹ Funzione questa condivisa, ai sensi dell'art. 92 CTS con i Centri di servizio per il volontariato accreditati di cui all'art. 61 CTS

³⁰ Si prefigurano, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 95,5°co. CTS le seguenti attività di controllo sulla a) sussistenza e permanenza dei requisiti necessari all'iscrizione al Registro; b) il perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale; c) l'adempimento degli obblighi derivanti dall'iscrizione al Registro. Sono invece rimasti esclusi i controlli di natura finanziaria prevista dall'art. 93 CTS ossia il diritto di avvalersi dei benefici fiscali nonché il corretto impiego delle risorse pubbliche, finanziarie e strumentali ad esso attribuite.

³¹ Lo testimonia l'art. 60 che attribuisce al Consiglio la funzione di vigilanza, monitoraggio e controllo da svolgere "con il supporto delle reti associative nazionali"; l'art. 92 secondo cui il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, al fine di garantire l'effettività dei controlli sugli ETS "promuove l'autocontrollo degli enti del Terzo settore autorizzandone l'esercizio da parte delle reti associative nazionali (...)": l'art. 93 ove si assume significativamente che il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali autorizza (e controlla affinché) le reti nazionali c.d. accreditate (ex art. 93.6° co.) svolgano a loro volta controlli sui propri aderenti aventi quali finalità la verifica in ordine a "a) la sussistenza e la permanenza dei requisiti necessari all'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore; b) il perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale; c) l'adempimento degli obblighi derivanti dall'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore"

rilevante, ha neutralizzato ogni incentivo ulteriore a configurarsi come Rete associativa nazionale svolgente funzione di controllo³².

Ci si potrebbe chiedere se non sarebbe stato più opportuno riservare alle sole Reti associative nazionali che avessero assunto statutariamente anche le responsabilità di controllo tutte o parte di quelle agevolazioni e prerogative (come la possibilità di promuovere partenariati e protocolli di intesa con le pubbliche amministrazioni ex art. 41,4° co. CTS; ma anche di intercedere presso il Fondo a sostegno del Terzo settore di cui all'art. 9, co. 1, lett. g L. 106/2016) idonee a costituire la contropartita per la funzione alle stesse assegnata. Di contro ad una simile opzione, deve forse osservarsi che ben difficilmente la spinta aggregativa delle organizzazioni non profit sotto un ombrello associativo avrebbe potuto ritenersi "compensata" dalla presumibile maggiore efficienza organizzativa e dalla migliore capacità rappresentativa nel dialogo con le istituzioni.

16. Sul rapporto tra funzione economica e politica delle Reti nel CTS.

La disamina delle funzioni svolte dalle Reti associative consente di valutare in maniera più congrua il senso dell'operazione selettiva compiuta dal CTS nel segno della qualifica di detti enti quali ETS. L'esito dello scrutinio normativo consente di guadagnare sul piano assiologico il senso di una qualificazione che differenzia le Reti associative rispetto ad ogni altra forma di associazionismo imprenditoriale.

Occorre premettere che alla Rete associativa aderisce una classe d'imprenditori che rinvergono il proprio minimo comune denominatore nello svolgimento *non lucrativo* di attività d'interesse generale (arg. ex art. 4-5 CTS). Pertanto, gli ETS sono portatori, nel settore di attività d'interesse generale, di interessi tendenzialmente più omogenei e meglio sintetizzabili rispetto a quelli riscontrabili nel caso delle associazioni imprenditoriali lucrative. Più precisamente, la necessità di mediare, che propriamente si riscontra nell'associazionismo imprenditoriale, tra l'interesse economico individuale di breve – medio periodo con l'interesse associativo di lungo periodo, appare in qualche modo temperata proprio dall'assenza del fine lucrativo delle organizzazioni del Terzo settore.

Altro elemento distintivo risiede in ciò che le Reti associative rappresentano interessi che non possono dirsi *strictu sensu* collettivi ma propriamente generali

³² Salvo non volere considerare come tale la riserva di un seggio al Consiglio nazionale del terzo settore previsto dall'art. 59 per le sole reti associative nazionali o ad esse equiparate.

poiché, mediante la loro attività, concorrono ad assicurare con le istituzioni governative, l'efficace svolgimento dei servizi alla persona.

Nessun dubbio sussiste sul fatto che tali Reti possono *esistere*, anche mediante strumenti privatistici per svolgere attività d'interesse generale. Tuttavia, al fine *d'interloquire* con le istituzioni, occorre che si conformino alle prescrizioni normative poiché occorre assicurare l'effettiva capacità rappresentativa degli interessi "di categoria"³³.

Tra questi requisiti vi è la necessità che Reti associative siano ETS. Mediante tale qualifica, il CTS impone alle Reti associative di "guadagnare sul campo" la capacità di rappresentare la domanda di partecipazione proveniente dalla società. Detto in altri termini, l'autorevolezza delle Reti associative dovrà fondarsi sulla capacità di fornire quel sostegno e stimolo necessario affinché gli ETS iscritti svolgano in maniera efficace la propria azione sul territorio.

Sotto altra concorrente prospettiva, anche le Reti associative quali ETS, nell'ambito dei settori di attività in cui operano, dovranno competere sulla base di meccanismi di mercato, affinché, al netto di ogni forma di rendita di posizione fondata sulla contiguità politica nell'esercizio della funzione di rappresentanza d'interessi, risulti valorizzato il patrimonio di conoscenze e vantaggi relazionali che le Reti associative sono stati capaci di creare nel tempo.

17. Pluralismo sociale e momento direttivo

Fin qui siamo arrivati ad intendere la qualifica di ETS come presupposto della definizione di Reti associative, ossia a proporla quale dato costruttivo iniziale nella sistemazione del fenomeno. La scrutinio operato dovrebbe adesso consentire di cogliere la portata selettiva di tale qualifica rispetto al principio del pluralismo sociale che informa il mondo del Terzo settore.

Lo svolgimento della relazione tra funzione economica e funzione politica dell'associazionismo nel Terzo settore deve essere intesa nel segno

³³ Sullo sfondo si agita il tema della rappresentatività delle associazioni di categoria che proprio nel mondo sindacale ha trovato un terreno fertile di riflessione e di motivato dissenso rispetto ad indirizzi dirigitici del legislatore su cui v. F. CARINCI, *Il buio oltre la siepe: Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, in *Dir. rel. Ind.*, 4, 2013, p. 899; Id., *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (Dal titolo III dello Statuto dei lavoratori al Testo unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014)*, *Dir. rel. Ind.*, 2014, p. 309; F. SCARPELLI, *Il Testo unico sulla rappresentanza tra relazioni industriali e diritto*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 687 ss.

della propedeuticità della prima rispetto alla seconda³⁴. Solo assicurando tale propedeuticità appare possibile, almeno secondo una visione concorrenziale, arginare la tentazione ricorrente dello Stato di ridurre, anche mediante la leva fiscale, il tasso di pluralismo democratico che deve continuare a caratterizzare il Terzo settore³⁵.

La qualifica delle Reti associative quali ETS, nonché l'effettivo svolgimento di un'attività d'interesse generale, dovrebbe evitare un simile rischio ricorrente in ogni dinamica aggregativa introdotta per via normativa nel mondo del *non profit*. Tale approccio dovrebbe favorire i presupposti operativi per addivenire alla costituzione di Reti associative autorevoli e, come tali, meno asservibili a mere logiche di contiguità politica.

Ovviamente la norma non è che un "semilavorato" poiché la sua effettiva capacità di conformare l'assetto delle relazioni imprenditoriali dipenderà

³⁴ Con ciò s'intende in particolare valorizzare la funzione propria delle Reti associative di essere qualcosa di più di una mera associazione di categoria, ovvero uno spazio aperto di condivisione di informazioni e conoscenze che costituirà il vero patrimonio dell'ente associativo ed il reale fattore di competitività dell'ente rispetto ad altre associazioni presenti sul mercato. Sul punto v. V. ZENO ZENCOVICH, F. MEZZANOTTE, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in *Dir. informatica*, fasc. 2, 2008, p. 141 ss. Si tratta di prospettiva che merita di essere colta ed ulteriormente sviluppata. Ed invero, per quanto sia abbastanza intuitivo che le Reti associative si raccoglieranno intorno ai settori di attività di cui all'art. 5 CTS, e dunque assumeranno una connotazione categoriale, deve però osservarsi come il legislatore abbia spostato l'attenzione proprio al fenomeno delle reti perché, a nostro avviso, occorre superare la possibile assimilazione delle Reti associative a forme di associazioni di categoria. Il punto appare rilevante perché, secondo l'impostazione del CTS, l'effettiva capacità rappresentativa delle Reti associative non si esaurisce in mero dato quantitativo o numerico, quello di cui all'art. 41, 1° co. lett. b) CTS, tanto più che a) esso potrebbe essere raggiunto da più di una rete nel medesimo settore di attività; b) non è escluso che gli ETS possano svolgere anche più di una attività d'interesse generale. Pertanto, la capacità rappresentativa che apre al confronto istituzionale dovrà sostanziarsi soprattutto in un dato qualitativo, ossia nella capacità che la Rete associativa sappia farsi promotrice del dinamismo degli ETS aderenti, promuovendo e coordinando le attività dei propri ETS. Il modello escogitato raccoglie un'impostazione che rilancia alle Reti associative il compito di competere sul mercato delle adesioni, discostandosi in maniera radicale da un'impostazione statica che fa leva sul concetto di "categoria", concetto che rischierebbe di riproporre il *cul de sac* in cui è caduta la discussione in materia di relazioni industriali nell'individuare il sindacato di categoria maggiormente o comparativamente più rappresentativo. Sul tema v. F. SIOTTO, *La categoria come ambito di applicazione e perimetro di misurazione della rappresentanza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, p. 311 ss.

³⁵ Lo testimonia la L. 6 giugno 2016, n. 106 recante delega al Governo per la riforma del Terzo settore, ove all'art. 5 si assume l'obiettivo di superare il sistema degli Osservatori nazionali per il volontariato attraverso l'istituzione di un Consiglio nazionale del Terzo settore in cui troveranno spazio le reti associative di secondo livello

dalla disponibilità degli operatori (ed, ovviamente, dei professionisti) a raccogliere la sfida lanciata dal CTS al Terzo settore.

In questa prospettiva, gli operatori del Terzo settore dovranno esigere comportamenti più trasparenti dalle Reti associative; a partire dall'integrazione statutaria prevista dall'art. 101,4° CTS nella cui opera i professionisti non potranno indulgere in formule stereotipate o, peggio ancora, meramente iterative del dettato legislativo; fino al concreto svolgimento dell'attività, ove sarà essenziale che le Reti associative interpretino in maniera proattiva la propria funzione economica perché soltanto qualificandosi in base alla propria capacità di garantire ai cittadini efficacia e trasparenza degli ETS aderenti nell'assolvimento dei servizi alla persona.

Ad ogni modo, è nel quadro di una logica dinamica perché competitiva che gli ETS potranno realmente assumere con le relative istituzioni responsabilità³⁶ e criticità³⁷ nella gestione dei servizi d'interesse generale. Sicché, le speranze di una proficua collaborazione tra Stato e imprese del Terzo settore saranno ben riposte se i suoi protagonisti saranno capaci di coniugare nel reciproco dialogo cooperativo, da parte dello Stato, il valore fondativo del pluralismo sociale e democratico nel riconoscimento dei gruppi collettivi (astenedosi quindi da improvvise operazioni di *adverse selection* aventi natura prettamente politica), da parte degli ETS, il momento direttivo nell'organizzazione dell'azione imprenditoriale, il che appare, in ultima analisi, necessario affinché il pluralismo non degeneri nel frammentario e vacuo movimentismo di una moltitudine d'interpreti³⁸.

³⁶ Si veda in tale prospettiva, il DM 23 novembre 2016 recante i requisiti per l'accesso alle misure di assistenza, cura e protezione a carico del Fondo per l'assistenza per le persone con disabilità grave prive del sostegno familiare, ove all'art. 4 si prescrive "*Le regioni promuovono altresì interventi volti al riutilizzo di patrimoni per le finalità di cui al presente decreto, resi disponibili dai familiari o da reti associative di familiari di persone con disabilità grave in loro favore, indipendentemente dai criteri di priorità di cui ai commi 2 e 3*", ossia nel rispetto delle destinazioni impresse a tali patrimoni.

³⁷ Si veda ad esempio il DPR, 31 agosto 2016 (in Gazz. Uff., 15 novembre 2016, n. 267) - IV Piano nazionale di azione e di interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva 2016-2017 ove si legge che "*La crescita dei figli dell'immigrazione mette alla prova i dispositivi integratori della società ospitante, in particolare le politiche sociali, le reti associative e soprattutto la scuola*"

³⁸ Sulla scia di quanto osservato da A. GRAMSCI, *Note su Machiavelli, sulla politica e sullo Stato moderno*, Torino, 1949, p. 22 il quale, proprio riferendosi al fenomeno dell'associazionismo, assegnava priorità al momento direttivo al fine di scongiurare l'inefficacia dell'azione dispersa e disaggregata degli uomini e delle donne.

IL VOLONTARIATO: NOTAZIONI A MARGINE DEL CODICE DEL TERZO SETTORE

Mario Renna

Assegnista di ricerca in Diritto privato l'Università Roma Tre

Lo scritto intende analizzare il volontariato nel nuovo Codice del Terzo settore. Attraverso il volontario e le organizzazioni di volontariato, è possibile individuare modelli e attori concretamente impegnati per fini di solidarietà. Il Codice del Terzo settore consente, inoltre, di mettere in relazione il principio di sussidiarietà con la dinamica del volontariato.

The aim of this paper is to analyze volunteering through the new guidelines. The volunteer and the voluntary organisations appear to be two models and two entities committed for solidarity purposes. The new legislation allows to examine volunteering with the principle of subsidiarity.

Sommario:

1. Profili introduttivi
2. Il volontario e l'attività di volontariato
3. Le organizzazioni di volontariato
4. La promozione della cultura del volontariato e i centri di servizio per il volontariato
5. Considerazioni conclusive

1. Profili introduttivi

Il Codice del terzo settore (d.lgs. 117/2017, da ora, CTS) irrobustisce il ruolo e la valenza del volontariato nell'ordinamento giuridico e assegna piena dignità a un fenomeno la cui prima e compiuta disciplina risale alla legge quadro n. 266/1991¹.

La neonata codificazione appare di ampio respiro ed enuclea una serie di principi e di regole che accomuna gli enti del terzo settore². Emerge il sostegno all'iniziativa privata individuale e collettiva finalizzata a perseguire il bene comune ed elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e di protezione sociale (art. 1 CTS). Appare fondamentale, inoltre, il riconoscimento del valore e della funzione sociale degli enti del Terzo settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono come espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo (art. 2 CTS). Il legislatore si incarica di promuovere lo sviluppo di questi soggetti e di queste pratiche, tutelandone la spontaneità e l'autonomia (art. 2 CTS). Il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale viene rafforzato attraverso la previsione di forme di collaborazione con gli enti pubblici.

Accanto all'enunciazione delle finalità e dei principi generali, all'interno del CTS spicca la centralità guadagnata dal volontariato, specialmente, nella sua forma organizzata³. Risulta valorizzata la concezione del volontariato collettivo quale formazione sociale intermedia⁴, espressione dell'autonomia

¹ N. LIPARI, *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del welfare state*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 820 ss. a p. 822; L. BRUSCUGLIA, E. ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Milano, 2002.

² Per un primo inquadramento, G. PONZANELLI, *La nuova categoria degli enti del Terzo settore: alcune considerazioni introduttive*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pisa, 2018, p. 1 ss.; ID., V. MONTANI, *Dal "groviglio di leggi speciali" al Codice del Terzo settore*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, 2018, p. 31 ss.; A. FICI, *Fonti della disciplina, nozione e governance degli enti del terzo settore*, *ivi*, p. 83 ss.; M. GORGONI, *Il Codice del Terzo settore tra luci ed ombre*, in EAD. (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, cit., p. 9 ss. a p. 24 ss.; L. BOZZI, *Terzo settore: osservazioni a "prima lettura" su una riforma culturale prima che giuridica*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 1253 ss.

³ P. SANNA, *Profili giuridici del "volontariato" e dell'"attività di volontariato"*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, cit., p. 153 ss. a p. 164 ss.

⁴ P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 301 ss. a p. 306 ss.; C. VENDITTI, *L'attività di volontariato*, Napoli, 1997, p. 2 ss.

privata diretta a realizzare finalità solidaristiche, civiche e di utilità sociale attraverso un'attività di interesse generale⁵.

Occorre rilevare come il riconoscimento della funzione e del valore sociale del volontariato si iscriva nella logica del pluralismo assistito⁶, ovvero di una libertà vincolata (già espressa nella legge quadro del 1991)⁷. Il legislatore, come emerge dagli artt. 1 e 2, sostiene lo svolgimento individuale e organizzato dell'attività di volontariato, conferendo dignità giuridica a prestazioni spontanee idonee a coadiuvare le istituzioni pubbliche nel perseguimento di obiettivi di finalità sociali (nonostante non possa sfuggire come, talvolta, al privato sociale sia riconosciuto un ruolo anticipatore o sostitutivo delle politiche pubbliche⁸).

Da una prima lettura dell'art. 2 CTS deriva un riconoscimento del volontariato che non appare prescrittivo rispetto alla fattispecie ma semplicemente ricognitivo (diversamente da quanto potrà rinvenirsi in tema di organizzazioni di volontariato). Può apprezzarsi come la formulazione legislativa non limiti l'autonomia privata, preferendo salvaguardare la spontaneità dell'iniziativa piuttosto che ingabbiare la medesima in forme predefinite. Tuttavia, ciò è vero sino al momento in cui non si discorre di enti del Terzo settore, divenendo allora la disciplina tipizzante e sottratta alla disponibilità dei privati.

Ciò posto, occorre sviluppare due profili che fanno da sfondo all'affermazione del volontariato: il principio di sussidiarietà e la logica del dono.

Il principio di sussidiarietà non è inedito, stante quanto già espresso all'art. 1, cc.1 e 2, della legge quadro del 1991, ma accompagna l'affermazione dei soggetti componenti l'articolato universo del *non profit*⁹.

⁵ A. FICI, *L'attività degli enti del Terzo settore*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, cit., p. 61 ss.

⁶ F. RIGANO, *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*, Padova, 1995.

⁷ G. PONZANELLI, *Gli enti senza scopo di lucro*, Torino, 2001, p. 3 ss. a p. 204. In riferimento alla legge quadro sul volontariato, P. RESCIGNO, *Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato*, in *Giur. it.*, 1993, p. 1 ss.; L. BRUSCUGLIA, *Sub Art. 5*, in ID. (a cura di), *Legge quadro sul volontariato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 795 ss. *Amplius*, F. ANGELONI, *Aspetti civilistici degli enti non profit e dell'attività di volontariato nel diritto positivo vigente*, Napoli, 1999, p. 7 ss. a p. 46 ss. Cfr., inoltre, F. CAFAGGI, *L'impresa a finalità sociale*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 641.

⁸ G. PONZANELLI, *Gli enti senza scopo di lucro*, cit., p. 203. V., anche, C.M. MAZZONI, *Volontariato, formazioni sociali ed associazioni non riconosciute*, in *Pol. dir.*, 1981, p. 469 ss.

⁹ Sul tema, in generale, v. G. PONZANELLI, *Le "non profit organizations"*, Milano, 1985; A. ZOPPINI, *Enti non profit ed enti for profit: quale rapporto*, in L. BRUSCUGLIA, E. ROSSI (a

Ciò appare rilevante in riferimento all'esperienza del volontariato, il cui compito diviene determinante nel superare l'avversione nei confronti dello Stato sociale e assistenziale e nel costituire un efficace modello di allocazione di risorse private a favore di scopi di utilità collettiva¹⁰. Il volontariato sembra progressivamente acquistare una dimensione autonoma, superando l'incerta linea di confine tra ordinamento pubblicistico e sistema privatistico¹¹ (a ridosso della quale è apparso a lungo adagiato¹²) e rivendicando uno spazio d'azione che sia al medesimo tempo espressione dell'individuo e frazione di un servizio sociale riconosciuto¹³.

L'apprezzamento e il riconoscimento dell'agire solidale rischia di arrestarsi a mera declamazione di principio, laddove non si affianchi un reale richiamo alla possibilità di collaborazione con gli enti pubblici, come invece pare emergere dalla disciplina in materia di promozione della cultura del volontariato e di Centri di servizio per il volontariato (art. 19 e artt. 61-66 CTS)¹⁴.

Il codice del Terzo, inoltre, assegna al volontariato, espressione del principio di solidarietà sociale costituzionale, l'immagine di un corpo intermedio, garanzia del pluralismo democratico, il cui fine di solidarietà concorre e a favorire lo sviluppo della personalità e a connotare questo determinato agire¹⁵. Il rilievo discretivo assegnato all'attività altruistica e solidaristica, già emerso nella legge quadro e ribadito attraverso la recente codificazione, eleva l'agire disinteressato a ragione sociale di tale realtà¹⁶. Si supera, così, l'indifferenza verso la nozione di solidarietà e si consacra un

cura di), *Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale. Aspetti giuridici, economici e fiscali*, Milano, 2000, p. 157 ss.

¹⁰ V. PANUCCIO, voce *Volontariato*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 1081 ss. a p. 1092; G. PONZANELLI, *Gli enti senza scopo di lucro*, cit., p. 203. Cfr., altresì, lo studio monografico di M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Volontariato, sussidiarietà, mercato*, Bari, 2008.

¹¹ N. LIPARI, *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del welfare state*, cit., p. 821 a 823.

¹² L. BRUSCUGLIA, A. PELLEGRINI, voce *Volontariato*, in *Dig. civ.*, Agg., II, Torino, 2003, p. 1292; F. CAFAGGI, *L'impresa a finalità sociale*, cit., p. 608.

¹³ N. LIPARI, *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del welfare state*, cit., p. 827.

¹⁴ A. FICI, *La riforma dei centri di servizio per il volontariato*, in ID. (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, cit., p. 377 ss.

¹⁵ In giurisprudenza v. i significativi passaggi di Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75. In dottrina, G.B. FERRI, *Persona umana e formazioni sociali*, in *Iustitia*, 1977, p. 71 ss.; C. VENDITTI, *L'attività di volontariato*, cit., p. 5 ss.; M. COSTANZA, *Profili privatistici della normativa sulle organizzazioni di volontariato*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 1071.

¹⁶ G. PIEPOLI, *Gli enti «non profit»*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, II, Padova, 2003, p. 217 ss., p. 220 a p. 222 ss.

modello alternativo di cittadinanza, manifestazione dell'autonomia privata e al riparo dalle logiche conflittuali del mercato¹⁷.

Dall'art. 2 CTS si evince la stretta congiunzione tra attività di volontariato e la cultura e la pratica del dono, intesi quali momenti di partecipazione, solidarietà e pluralismo. Non si può omettere come proprio il volontariato sia stato diffusamente legato all'immagine del dono¹⁸, della gratuità intesa come dovere sociale¹⁹, al punto da tradursi in una prestazione superetica²⁰.

Il volontariato - quale attività esercitata in forma organizzata o indipendentemente, ma comunque, produttiva di effetti giuridici²¹ -, difficilmente potrà rinvenire la sua fonte giustificatrice all'interno dei paradigmi dell'obbligazione naturale o delle liberalità d'uso. L'agire disinteressato non può essere accostato all'adempimento di un dovere morale, collettivo o individuale, essendo ontologicamente pervaso dalla logica della solidarietà che, facendosi ragione normativa e uscendo da un limbo ambiguo²², non può tantomeno essere compressa all'interno della tecnica delle liberalità²³.

¹⁷ N. LIPARI, *Per un volontariato quale modello di cittadinanza*, in AA. VV., *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, II, *Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, p. 63 ss.; F.D. BUSNELLI, *Paradossi e ambiguità del volontariato*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, III, Milano, 2002, p. 2089 ss.

¹⁸ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, Torino, 2001, p. 71 ss. V., inoltre, F. ANGELONI, *Aspetti civilistici degli enti non profit e dell'attività di volontariato nel diritto positivo vigente*, cit., p. 26 ss.

¹⁹ N. LIPARI, «Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 1 ss. a p. 21 ss. Cfr. l'analisi di G. COLACINO, *Il volontariato nel "sistema" delle relazioni gratuite. Profili ricostruttivi e regole di tutela*, Torino, 2005.

²⁰ G.B. FERRI, *Dall'intento liberale all'impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà*, in ID., *Dall'economia della bontà all'economia del dolore. Due saggi di diritto civile*, Padova, 2003, p. 128 ss.

²¹ R. RASCIO, *Gli enti del libro primo. Dalla moltitudine dei modelli speciali ai tipi del codice*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006, p. 650 s.

²² Sulla mediazione necessaria della legge o dell'atto amministrativo in riferimento al dovere di solidarietà, N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2008, p. 111 ss. a p. 116 s.; G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 371 s.

²³ N. LIPARI, «Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà», cit., spec. p. 15 ss.; D. MESSINETTI, *Persona e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 493 ss. a p. 503. In tema, G. OPPO, *La prestazione in adempimento di un dovere giuridico (cinquant'anni dopo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 526 s. V. le riflessioni critiche di G. CONTE, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, in *Tratt. Bonilini*, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 69 ss. a p. 75. Cfr., anche, R. CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010, p. 325 ss.

Il dono del volontariato è libertà della solidarietà sociale²⁴: non è liberalità con donatori determinati ma azione deliberatamente gratuita, spontanea e ripetibile che risulta indifferente rispetto ai beneficiari²⁵. Al contempo, lo scopo di solidarietà appare sì ampio da poter aggiungere un *quid* determinante rispetto allo scopo non lucrativo, non appiattendosi sul *non- distribution constraint* e quindi nell'obbligo di eterodestinazione dei risultati. Lo scopo di solidarietà supera la dimensione egoistica (dei singoli o dei gruppi), non mira all'ottenimento di vantaggio alcuno né realizza forme sociali di reciprocità e si inserisce in una dinamica di libertà del volere, lontana dai comandi delle autorità pubbliche²⁶.

2. Il volontario e l'attività di volontariato

Il volontario ottiene un importante riconoscimento all'interno del Codice del Terzo settore (art. 17 CTS), rappresentando il nerbo soggettivo non solo delle organizzazioni di volontariato ma di tutti gli altri enti del Terzo settore. Tale processo di valorizzazione conduce tale soggettività all'interno di paradigmi giuridici formali, così superando una dimensione meramente sociologica²⁷.

Ciò si pone in discontinuità rispetto a quanto precedentemente divisato dall'art. 2 della legge quadro del 1991. La precedente disciplina relegava il

²⁴ C. VENDITTI, *L'attività di volontariato*, cit., p. 38 ss. a p. 47 ss.; C. MALTESE, *Gratuità e volontariato*, in A. GALASSO, S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, p. 262. Cfr., anche, la ricostruzione di L. SANTORO, *L'atto di cortesia: irrilevanza giuridica e rilevanza sociale nel rapporto individuo-società*, *ivi*, pp. 242-244. Amplius, A. BARBA, *Il 'principio di libertà sociale' nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006, p. 319 ss.

²⁵ C. VENDITTI, *L'attività di volontariato*, cit., p. 173 ss. a p. 179 ss. Sul rapporto tra logica del dono e razionalità giuridica, v. G. RESTA, *Gratuita e solidarietà: fondamenti emotive e 'irrazionali'*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, p. 121 ss.

²⁶ G. PONZANELLI, *Gli enti senza scopo di lucro*, cit., p. 211. V., inoltre, P. RESCIGNO, *Note sull'interpretazione degli atti di liberalità*, in *Vita not.*, 1998, p. 62; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, cit., p. 71, p. 74 s.

²⁷ P. SANNA, *Profili giuridici del "volontariato" e dell'"attività di volontariato"*, cit., p. 164 ss.

volontario nell'orbita dell'organizzazione di volontariato all'interno della quale si esplicava l'attività²⁸.

Questa subalternità proiettava in una posizione marginale il volontario, ovvero l'attività prestata indipendentemente dall'appartenenza a enti organizzati, confinando in una mera dimensione di gratuità l'attività autonoma del volontario.

La nuova formulazione, invece, conferisce piena meritevolezza e piena legittimità alla figura del volontario *in re ipsa*. Diversamente, può rilevarsi come l'affermazione di un autentico *status* di volontario - in tal senso milita anche la prescrizione in capo agli enti del Terzo settore di iscrivere in un apposito registro i volontari non occasionali di cui si avvalgano²⁹ - si ponga in linea con la ricostruzione offerta dalla Consulta nella pronuncia n. 75/1992, laddove si riconduceva il volontariato direttamente alla originaria vocazione umana di socialità (costituendo, quindi, esso una forma di realizzazione libera e spontanea della solidarietà tramite il profondo grado di socialità insito in ogni persona umana³⁰).

La previgente disciplina, all'art. 2, c. 1, assegnava all'attività del volontariato i requisiti della personalità, della spontaneità e della gratuità, nonché della necessaria assenza di fini di lucro e la esclusiva vocazione solidarista. Tali elementi qualificanti deponevano nel senso dell'infungibilità del contributo personale recato dal volontario, valorizzavano l'assenza di coercizione nell'esecuzione della prestazione ed escludevano la previsione di un ritorno economico o di un qualsivoglia vantaggio³¹.

Il nuovo art. 17, c. 2, CTS, invece, tenendo conto dell'autonomia e della spontaneità che connota l'attività del volontariato (art. 2 CTS), correla la generosa autodeterminazione personalista alla realizzazione di attività in favore della comunità e del bene comune. Più nitidamente, si riconosce il sacrificio del volontario, consistente nel mettere a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per fronteggiare i bisogni altrui, in modo spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neppure indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà.

²⁸ M. MARIANI, Sub *Art. 2*, in L. BRUSCUGLIA (a cura di), *Legge quadro sul volontariato*, cit., p. 785 ss. e M. GORGONI, Sub *Art. 3*, *ivi*, p. 795. Diversamente, C. VENDITTI, *L'attività di volontariato*, cit., spec. p. 9 ss.

²⁹ Art. 17, c. 1, CTS. Inoltre, l'art. 17, c. 6, CTS prevede che ai fini del presente Codice non si considera volontario l'associato che occasionalmente coadiuvi gli organi sociali nello svolgimento delle loro funzioni.

³⁰ F.D. BUSNELLI, *Paradossi e ambiguità del volontariato*, cit., p. 2089 ss.

³¹ G. PONZANELLI, *Gli enti senza scopo di lucro*, cit., p. 209; V. PANUCCIO, voce *Volontariato*, cit., p. 1085.

Viene ad essere recepita definitivamente l'immagine del volontario come soggetto liberamente intenzionato a impiegare tempo ed energia a favore di indeterminati beneficiari, al riparo dalla logica dell'utilitarismo e sensibile alle esigenze della collettività³².

A ciò consegue, in linea con quanto già espresso nella legge quadro del 1991, l'impossibilità di riconoscere una retribuzione al volontario³³, nonché l'incompatibilità della qualità di volontario con qualsivoglia tipo di lavoro subordinato o autonomo e di qualsiasi altro rapporto di lavoro retribuito con l'ente cui il volontario afferisce o tramite il quale svolge la propria attività³⁴.

3. Le organizzazioni di volontariato

L'analisi della disciplina contenuta agli artt. 32-34 CTS, disciplinanti le organizzazioni di volontariato, va correlata al dato normativo previgente, specialmente all'art. 3 della legge quadro del 1991.

Il legislatore dell'epoca promosse il principio della neutralità della forma giuridica, imponendo, invece, alle organizzazioni di volontariato il limite della compatibilità con lo scopo solidaristico (art. 3, c. 2, della legge quadro del 1991)³⁵. Alla centralità del fine non conseguì una tipizzazione per settori, ma l'identificazione generale di una tipologia di attività (quella, appunto, di volontariato)³⁶: così che, alle organizzazioni di volontariato che avevano assolto l'onere dell'iscrizione, accertato il possesso dei requisiti richiesti dalla legge, venivano riconosciuti vantaggi patrimoniali e fiscali³⁷.

In linea di principio, le organizzazioni di volontariato potevano strutturarsi conformemente sia allo schema associativo, sia a quello della fondazione che, ancora, a quello del comitato. Il modello associativo è risultato essere quello più adoperato e maggiormente idoneo a garantire la

³² N. LIPARI, *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del welfare state*, cit., p. 822.

³³ Art. 17, c. 3, CTS. V. P. SANNA, *Profili giuridici del "volontariato" e dell'"attività di volontariato"*, cit., p. 173 s.

³⁴ Art. 17, c. 5, CTS. In tema, P. RESCIGNO, *Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato*, cit., p. 6.

³⁵ In tema, G. PONZANELLI, *Gli enti senza scopo di lucro*, cit., p. 212; V. PANUCCIO, voce *Volontariato*, cit., p. 1087.

³⁶ F. CAFAGGI, *L'impresa a finalità sociale*, cit., p. 650.

³⁷ M.V. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 315. Per una ricostruzione del dibattito e del tema, v. A. ZOPPINI, *Associazioni, fondazioni, comitati*, *ivi*, 1995, II, p. 332 ss.

democraticità della struttura come previsto dall'allora art. 3, c. 2, della legge quadro del 1991³⁸. La preferenza per le associazioni veniva giustificata dalla centralità riservata all'elemento personalista rispetto alla caratura patrimonialista della fondazione³⁹; inoltre, rispetto ai comitati, le associazioni possedevano una struttura aperta e un orizzonte di durata non strettamente prefissato⁴⁰.

In questo senso può essere letto oggi l'art. 32 CTS: viene, infatti, previsto che afferiscono alla categoria di enti del Terzo settore, allorché iscritte nel registro, solo le organizzazioni di volontariato costituite in forma di associazione riconosciuta o non riconosciuta (rispettando, poi, le componenti previste dall'art. 32, c. 1, CTS)⁴¹.

Il principio ispiratore della neutralità della forma esce ridimensionato, scalzato dall'esclusività del modulo associativo, più acconco alla vocazione personalista espressa dalla cultura del volontariato e reputato idoneo ad assicurare un governo democratico dell'ente⁴². La formula della democraticità della struttura, già declinata dall'art. 3, c. 2, della legge quadro del 1991, può oggi essere riletta attraverso la disciplina sulla *governance* dell'associazione-organizzazione di volontariato del Terzo settore.

A mente dell'art. 34 CTS, infatti, non viene ammessa la nomina extra assembleare degli amministratori e non viene contestualmente ammessa la nomina di amministratori non associati.

In modo continuativo rispetto alla previgente disciplina (art. 5 della legge quadro del 1991), viene delimitato l'insieme delle risorse economiche necessarie al funzionamento e allo svolgimento dell'attività. Le organizzazioni di volontariato possono incamerare le quote associative, contributi pubblici e privati, donazioni e lasciti testamentari, rendite patrimoniali e proventi derivanti dall'attività di raccolta fondi, nonché le risorse derivanti dalle attività diverse da quelle di interesse generale (art. 33,

³⁸ A. FUSARO, *I modelli imprenditoriali nella legislazione di terzo settore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 297.

³⁹ M. COSTANZA, *Profili privatistici della normativa sulle organizzazioni di volontariato*, cit., p. 1072 s.

⁴⁰ M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni non riconosciute e le fondazioni*, in *Tratt. Rescigno*, II, *Persona e famiglia*, I, Torino, 1999, p. 302 s.; G. PONZANELLI, *Gli enti senza scopo di lucro*, cit., p. 213. Contraria all'appiattimento sul dato associativo, M. GORGONI, *Sub Art. 3*, in L. BRUSCUGLIA (a cura di), *Legge quadro sul volontariato*, cit., p. 795 ss.

⁴¹ F. GRECO, *Categorie di enti del Terzo settore*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, cit., p. 278 ss.

⁴² In generale, M. BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2014, p. 24, p. 114 ss.

c. 2, CTS). Tali attività, secondo il disposto dell'art. 6 CTS, debbono essere consentite dall'atto costitutivo o dallo statuto e devono risultare secondarie e strumentali rispetto alle attività di interesse generale.

Può osservarsi come l'organizzazione di volontariato, ricondotta all'interno del tronco fisionomico delle associazioni, affianchi alla tradizionale connotazione di ente non lucrativo con fini solidali l'elemento dell'attività di interesse generale che assurge a requisito legittimante⁴³. L'attività di interesse generale è essenziale per la nascita dell'organizzazione di volontariato quale ente del Terzo settore, determinando la sua assenza non l'impossibilità di dar vita ad un'associazione di volontariato - ledendo, altrimenti il principio di eguaglianza e di libertà associativa - bensì l'impossibilità di giovare della natura di ente del Terzo settore.

4. La promozione della cultura del volontariato e i centri di servizio per il volontariato

Il potenziamento del volontariato emerge nel suo stretto legame con il principio di sussidiarietà orizzontale (predicato all'art. 2, ultima parte, nonché agli artt. 55-57 CTS)⁴⁴ e con la promozione della cultura del volontariato affidata alle pubbliche amministrazioni (art. 19 CTS)⁴⁵.

Dalla disciplina contenuta all'art. 56 CTS può evidenziarsi come la modalità di erogazione di attività o di servizi sociali di interesse generale affidati alle organizzazioni di volontariato, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore (disciplinato agli artt. 45 ss. CTS), costituisca un'alternativa alla dinamica del mercato qualora sia

⁴³ A. FICI, *L'attività degli enti del terzo settore*, cit., p. 65 ss.

⁴⁴ A. MEALE, *I rapporti tra gli enti del Terzo settore e le Pubbliche Amministrazioni*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, cit., p. 345 ss.

⁴⁵ La logica del volontariato organizzato del CTS viene recepita, ora, all'interno del d.lgs. 1/ 2018, c.d. Codice della protezione civile, specialmente agli artt. 33-42. L'art. 33, c. 1, prevede che, per operare nel settore della protezione civile, al fine di salvaguardarne la specificità, le organizzazioni di volontariato iscritte nel Registro del CTS, che annoverano la protezione civile tra le attività di interesse generale in cui operano ai sensi dell'art. 5 CTS, nonché le altre forme di volontariato organizzato di protezione civile, devono essere, inoltre, iscritte nell'Elenco nazionale del volontariato di protezione civile (art. 34 d.lgs. 1/2018). Per prime considerazioni, v. G. VISCONTI, *Nuovo Codice della Protezione civile: la disciplina del volontariato organizzato*, in *Coop. non profit*, 7, 2018, p. 16 ss.

effettivamente più favorevole⁴⁶. La disciplina, ben più corposa rispetto a quella contenuta all'art. 7 della previgente legge quadro del 1991, valorizza l'attitudine delle organizzazioni di volontariato a porsi quali erogatori di servizi e attori nelle dinamiche di interesse generale.

Le convenzioni stipulate non alterano la gratuità d'azione e il fine solidaristico delle organizzazioni di volontariato, in quanto sono escluse corresponsioni monetarie slegate da rimborsi e spese effettivamente sostenute e documentate (art. 56, c. 2, CTS), non compromettendo, in linea di principio, l'equilibrio concorrenziale del mercato⁴⁷.

Al fine di evitare prassi distorsive e disuguaglianze⁴⁸, la scelta delle organizzazioni di volontariato convenzionate è rigorosamente informata al rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento e avviene tramite procedure comparative riservate alle organizzazioni medesime. Tali regole, simili a quelle valevoli per gli affidamenti pubblici ai sensi degli artt. 28 ss. d.lgs. 50/2016, confermerebbero la tesi di politica del diritto per cui, nel momento della *competizione*, enti *non profit* e enti lucrativi debbano essere assoggettati alla medesima disciplina⁴⁹.

Inoltre, alle organizzazioni di volontariato è richiesto il possesso di requisiti di moralità professionale, nonché la dimostrazione di un'adeguata attitudine tecnico-operativa, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza pregressa, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari (art. 56, c. 3, CTS)⁵⁰.

⁴⁶ V. però le considerazioni critiche già espresse da M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Volontariato, sussidiarietà, mercato*, cit., p. 91 ss.

⁴⁷ Corte giust. CE, 17 giugno 1997, C-70/95 *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA e Anni Azzurri Rezzato Srl v. Regione Lombardia*.

⁴⁸ Per P. RESCIGNO, *La proposta di Pietro Rescigno*, in A. GALASSO, S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, cit., p. 514 s., pur riconoscendo la necessità che l'autonomia dei soggetti debba svolgersi ed essere garantita nel modo più ampio in materia di volontariato, una questione aperta «[...] è quella delle forme di favore e incoraggiamento che si traducono non tanto in positiva promozione, ma nella dispensa dall'osservanza di certi principi e certi obblighi. È la questione se lo spirito di gratuità o le forme di solidarietà che i privati pongono in essere giustifichino, addirittura, che sia messo a rischio e vulnerato il principio d'eguaglianza: che è il principio più elementare del sistema, costitutivo delle relazioni umane prima ancora che del disegno costituzionale». Cfr., anche, M.V. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro*, cit., p. 320.

⁴⁹ A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni in diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 372. In giurisprudenza, v. Corte giust. CE, 29 novembre 2007, C-119/06, *Commissione delle Comunità europee v. Repubblica italiana*.

⁵⁰ A. MEALE, *I rapporti tra gli enti del Terzo settore e le Pubbliche Amministrazioni*, cit., p. 349.

La nuova disciplina, inoltre, implementa le prescrizioni convenzionali (v. il vecchio art. 7, c. 2, legge quadro del 1991): oltre alla garanzia dell'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività concordate e al rispetto dei diritti e della dignità degli utenti, le convenzioni devono prevedere la durata del rapporto, il contenuto e le modalità dell'intervento volontario, il numero e l'eventuale qualificazione professionale delle persone impegnate, le modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici (art. 56, c. 4, CTS).

Da questo quadro disciplinare può rilevarsi come, da un lato, le organizzazioni di volontariato non smarriscono la natura di enti privatistici che erogano servizi a prezzi di mercato (sebbene ciò avvenga per il raggiungimento di obiettivi sociali e senza alcuna possibilità di riparto di guadagni fra associati)⁵¹, e, dall'altro, come sia costante il processo di *specializzazione* delle organizzazioni di volontariato in una logica di complementarità lontana da ogni sterile prospettiva ideologica anti-sistema e anti-mercato⁵².

La prospettiva di sistema ottenuta dal volontariato può apprezzarsi anche dalle nuove regole in materia di Centri di servizio (da ora, CSV) e dal legame tra questi e l'Organismo nazionale di controllo (ONC), assistendosi al superamento della scarna disciplina contenuta all'art. 15, c. 1, della legge quadro e nei decreti ministeriali succedutisi (d.m. 21 novembre 1991 e d.m. 8 ottobre 1997)⁵³.

I CSV accreditabili devono essere costituiti in forma di associazione riconosciuta del Terzo settore da organizzazioni di volontariato e da altri enti, ad eccezione di quelli costituiti in una delle forme del libro V del codice civile, e conformare gli statuti al rispetto dei vincoli espressi dall'art. 61, c. 1, lett. a) - m), CTS.

La stabilità e l'efficace funzionamento dei CSV è collegato a un puntuale meccanismo di finanziamento (art. 62 CTS), agevolato dalla costituzione del Fondo unico nazionale (FUN), alimentato prevalentemente dai contributi

⁵¹ M. CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un'occasione mancata?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 3.

⁵² D. MESSINETTI, *Persona e destinazioni solidaristiche*, cit., p. 494 ss.; G.B. FERRI, *Dall'intento liberale all'impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà*, cit., p. 131. Cfr. gli spunti derivanti dal saggio di P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, pp. 96-97.

⁵³ S. PARDINI, *Il sistema dei centri di servizio per il volontariato*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, cit., p. 359 ss.; A. FICI, *La riforma dei centri di servizio per il volontariato*, cit., p. 377 ss.

annui delle fondazioni di origine bancaria, nonché da una riserva destinata all'ONC.

L'impiego delle risorse conferite dal FUN ai CSV è vincolato all'organizzazione, gestione ed erogazione di servizi volti a promuovere e rafforzare la presenza e il ruolo di volontari negli enti del Terzo settore, con particolare riguardo alle organizzazioni di volontariato. L'insieme delle funzioni e dei compiti dei CSV (art. 63 CTS) ribadisce concretamente la rilevanza dispiegata dalla cultura del volontariato la cui promozione e diffusione necessita di piani d'azione organici e di interventi capillari.

5. Considerazioni conclusive

Dal Codice del Terzo settore giunge una spinta per valorizzazione del volontariato, nonché un definitivo riconoscimento dell'importanza dell'azione solidale, che si traduce non solo come quale modo d'essere dell'esperienza giuridica nel suo complesso, ma, anche, come canone interpretativo.

La giuridificazione del volontariato consente di rimuovere la patina del sentimentalismo, legittimando la fecondità dell'agire disinteressato e riconoscendo all'economia del dono un ruolo da protagonista nel panorama dei bisogni collettivi⁵⁴.

⁵⁴ In generale, S. RODOTÀ, *Gratuità e solidarietà tra impianti codicistici e ordinamenti costituzionali*, in A. GALASSO, S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, cit., p. 97, p. 101 ss. Cfr., inoltre, le considerazioni di A. ZOPPINI, *Il diritto privato nella trasformazione dei processi allocativi delle risorse pubbliche*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 429.

LA NUOVA DISCIPLINA DELL'IMPRESA SOCIALE

Claudia Giustolisi

*Professore a contratto di diritto privato presso il
Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università degli Studi di Siena*

Il presente contributo espone i tratti salienti della complessa riforma del Terzo settore, soffermandosi in particolare sulla nuova disciplina dell'impresa sociale. L'ampliamento dei campi di attività; la possibilità di ripartire, seppure in forma limitata, gli utili e gli avanzi di gestione; introduzione di misure fiscali agevolative per chi investe nel capitale sociale delle imprese sociali; i possibili punti di contatto con le benefit corporation. Sono alcune delle novità introdotte dal D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 112 dedicato all'impresa sociale.

This paper presents the main characteristics of the complex reform of the Third sector, in particular on the new discipline of the social enterprise. The expansion of the activity headings; the possibility of distributing profits and operating surpluses, albeit in a limited form; introduction of fiscal measures for those who invest in the social capital of social enterprises; the possible points of contact with the benefit corporations. These are some of the changes introduced by Legislative Decree 3 July 2017, n. 112 dedicated to social enterprise.

Sommario:

1. La riforma del Terzo settore: inquadramento generale e struttura del Codice del Terzo settore
2. L'impresa sociale: la disciplina ante-riforma
3. La revisione della disciplina in materia di impresa sociale
 - 3.1. La nozione di impresa sociale e i soggetti esclusi
 - 3.2. La deroga al divieto di distribuzione degli utili
 - 3.3. Quid juris della governance della nuova impresa sociale?
4. Note conclusive: impresa sociale e società benefi

1. La riforma del Terzo settore: inquadramento generale e struttura del Codice del Terzo settore.

La riforma del Terzo settore, da lungo tempo attesa e auspicata, costituisce un punto cardine di svolta nel nostro ordinamento.¹

La nuova disciplina ha il pregio di riorganizzare in modo strutturato la materia, oltrepassando l'a-sistematicità che ha caratterizzato la disciplina ante-riforma.²

Il legislatore nazionale, sulla scia degli elementi fatti trasparire in sede di redazione delle "Linee guida per una Riforma del Terzo settore"³, ha ritenuto necessario emanare una disciplina volta alla valorizzazione di tale settore, lasciando emergere peraltro come quest'ultimo fosse il solo settore non colpito dalla crisi economica degli ultimi anni.

In tale contesto economico, il Parlamento italiano, nel 2016, ha ritenuto di dare ampia delega al Governo al fine di riordinare la disciplina del Terzo settore finora caratterizzata da una normativa frastagliata e disorganizzata.

La finalità della legge delega 6 giugno 2016, n. 106 "*Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio universale*"⁴ è stata quindi quella di definire un assetto di principi universali per l'intera disciplina del Terzo settore da cui fosse emersa la sua natura prevalentemente solidaristica.

Scopo della delega è dunque quello di fornire una base normativa comune a tutti i soggetti che rientrano nel Terzo settore, superando la disomogeneità della disciplina previgente.

Le misure predisposte sono quindi volte alla valorizzazione del sistema economico di natura sociale da cui derivi una crescita certa in termini occupazionali e di valorizzazione delle formazioni sociali liberamente costituite.⁵

Ma il vero obiettivo è stato quello di coniugare l'iniziativa economica privata con la tutela di una serie di diritti costituzionalmente garantiti. In

¹ Sul rilievo che la riforma del Terzo settore ha assunto per il diritto privato si ricorda M. TAMPONI, *Introduzione*, in *La riforma del c.d. Terzo settore e l'imposizione fiscale delle liberalità indirette*, Milano 2017, p. 10.

² Sul punto si veda anche S. BENVENUTI, *Finalmente una disciplina organica del Terzo settore: dalla legge delega n. 106 del 2016 ai decreti legislativi di attuazione*, in *Osservatorio sulle Fonti*, fasc. 3/2017, p. 2.

³ Il documento è scaricabile sul sito internet www.governo.it.

⁴ Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 18 giugno 2016, n. 141.

⁵ B. PAGAMICI, *Legge delega per la riforma del Terzo settore: quadro di sintesi*, in *Cooperative e Enti non profit*, fasc. 7/2016.

particolare, attraverso il diritto di associazione, e quindi tramite le singole formazioni sociali, si diffonde l'applicazione pratica, in ambito imprenditoriale, di principi fondamentali quali la solidarietà, il pluralismo, la partecipazione democratica.

In quest'ottica il codice civile assume il ruolo di *trait d'union* tra l'autonomia privata e la necessità di trasparenza e rispetto dei diritti degli associati e della regolazione statutaria.

Dal punto di vista prettamente giuridico, invece, il fulcro centrale della legge-delega è stato messo a fuoco dall'art. 1, comma 2: revisione della disciplina del codice civile in tema di associazioni, fondazioni ed altre istituzioni a carattere privato senza scopo di lucro; riordino della disciplina speciale e, più in generale, della normativa vigente in materia di enti del Terzo settore; revisione della disciplina tributaria applicabile agli enti del Terzo settore; revisione della disciplina dell'impresa sociale; revisione del servizio civile nazionale. Appaiono, invece, immediatamente applicative (e, quindi, non costituiscono disposizione di delega legislativa), le norme dedicate alla vigilanza, monitoraggio e controllo (art. 7) e l'istituzione della Fondazione Italia Sociale (art. 10).⁶

Lo stesso art.1 fornisce la definizione di Terzo settore come «*il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale, mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi*». Viene rimessa ai successivi decreti l'individuazione delle «*attività di interesse generale che caratterizzano gli enti del Terzo settore*».

Molto importante è anche la previsione del Registro Unico nazionale del Terzo settore, che consente il controllo sia pubblico sia di terzi sull'intero ambito *non profit*. L'iscrizione in tale registro è, inoltre, *conditio sine qua non* per accedere allo statuto di Ente del Terzo settore

Il Governo ha dato attuazione alla suddetta delega emanando tre decreti legislativi sulle tematiche attinenti al Terzo Settore ed in particolare⁷:

⁶ Per un approfondimento sulla nuova disciplina del Terzo settore si veda CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Riforma del Terzo settore: elementi professionali*, Novembre 2017.

⁷ L. GORI, E. ROSSI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2/2016, pag. 3 e S. BENVENUTI, S. MARTINI, *La crisi del welfare*

- decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 111, *Disciplina dell'istituto del cinque per mille dell'imposta sul reddito delle 3 persone fisiche a norma dell'articolo 9, comma 1, lettere c) e d), della legge 6 giugno 2016, n. 106*;⁸

- decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112, *Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106*;⁹

- decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, *Codice del Terzo settore, a norma dell'art. 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106*.^{10 11}

È indubbio che il testo legislativo principe dalla riforma del Terzo settore sia senz'altro il Codice del Terzo settore sia per la sua ampia portata applicativa sia, al contempo, per la riarticolazione che lo stesso fa delle disposizioni vigenti in materia di enti non lucrativi che perseguono finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale, al fine di favorire e rendere accessibile l'esercizio del diritto di associazione e l'autonoma iniziativa dei cittadini.

Il Codice del Terzo settore si articola in dodici titoli, suddivisi in 104 articoli.

Il titolo I del Codice reca le disposizioni generali. Il titolo II disciplina gli enti del Terzo settore in generale, il titolo III tratta le disposizioni relative al volontariato e dell'attività di volontariato; il titolo IV reca la disciplina delle associazioni e delle fondazioni del Terzo settore; il titolo V si occupa di particolari categorie di enti del Terzo settore; il titolo VI è dedicato al Registro unico nazionale del Terzo settore, il titolo VII disciplina i rapporti con gli enti pubblici. Inoltre il Titolo VIII tratta la disciplina relativa alla promozione e al sostegno degli enti del Terzo settore e il titolo IX reca la regolamentazione attinente ai titoli di solidarietà degli enti del Terzo settore e altre forme di finanza sociale. Infine, il titolo X prevede il regime fiscale, il

pubblico e il "nuovo" Terzo settore: la via tracciata dalla legge delega n. 106/2016, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. 2/2017, pp. 10 ss.

⁸ Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 18 luglio 2017, n. 166 ed entrato in vigore il 19 luglio 2017.

⁹ Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 19 luglio 2017, n. 167 ed entrato in vigore il 20 luglio 2017.

¹⁰ Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 2 agosto 2017, n. 179 ed entrato in vigore il 3 agosto 2017.

¹¹ A fini di completezza si ricorda che in attuazione della Legge delega il Governo ha anche emanato il d.p.r. 28 luglio 2017, *Approvazione dello statuto della Fondazione Italiana sociale*.

titolo XI la disciplina dei controlli e del coordinamento e il titolo XII chiude il Codice con le disposizioni transitorie e finali.¹²

Da una prima analisi del Codice, è apparso del tutto evidente la scelta del legislatore nazionale di mantenere estranea al corpo del Codice la disciplina dell'impresa sociale, precisando tuttavia al suo interno che l'impresa sociale è un "Ente del Terzo settore".¹³

La disciplina dell'impresa sociale già in passato era contenuta in un autonomo testo normativo¹⁴ e pertanto il legislatore ha preferito mantenere autonoma la suddetta normativa pur mutuando nella nuova disciplina dell'impresa sociale principi e regole afferenti al mondo del *non profit*.

Il legislatore ha però sentito la necessità di ribadire ulteriormente la penetrazione esistente fra le due discipline in esame, prevedendo che alle imprese sociali si applicano le disposizioni del Codice del Terzo settore solo se compatibili con la nuova disciplina dell'impresa stessa e per gli aspetti non disciplinati con le norme del codice civile e le relative disposizioni di attuazione concernenti la forma giuridica dell'impresa.¹⁵

Prima di passare all'analisi della nuova disciplina dell'impresa sociale, appare tuttavia necessario soffermarsi preliminarmente sulla precedente disciplina al fine di cogliere le criticità che la riforma, auspicabilmente, ha provato a superare.

2. L'impresa sociale: la disciplina ante riforma.

Con particolare riferimento al fenomeno delle attività di carattere imprenditoriale ed organizzativo che perseguono finalità "sociali", quest'ultimo si è sviluppato in modo forte negli ultimi decenni del secolo scorso.

¹² M.V. DE GIORGI, *Terzo settore. Il tempo della riforma*, in *Studium Iuris*, fasc. 2/2018, pp. 140 – 141.

¹³ L'art. 4 del Codice del Terzo settore include l'impresa sociale all'interno della categoria di Enti del Terzo settore unitamente alle associazioni di promozione sociale, alle organizzazioni di volontariato, agli enti filantropici, alle reti associative, alle società di mutuo soccorso ed agli altri enti del Terzo settore.

¹⁴ Vedi D. Lgs. 24 marzo 2006, n. 155 "Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118".

¹⁵A. FICI, *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Una prima lettura sistematica*, in <http://www.rivistaimpresasociale.it/rivista/item/183-nuova-disciplina-impresa-sociale-prima-lettura-sistematica.html>.

Già sul finire degli anni Ottanta, con il sorgere delle prime cooperative sociali, si era iniziato a consolidare nel nostro ordinamento quel movimento, sorto agli inizi degli anni Sessanta, che ha comportato lo sviluppo concreto del fenomeno associativo.¹⁶

Tuttavia, è soltanto con il d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155 (*"Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118"*), attuativo della delega contenuta nella l. 13 giugno 2005 n. 118, che l'impresa sociale ottiene un pieno riconoscimento giuridico.

A tal riguardo non è mancato chi ha osservato come l'approvazione della legge sull'impresa sociale abbia determinato soltanto una tappa del percorso che si era già ampiamente sviluppato nei decenni precedenti.¹⁷

Con tale fonte normativa, il legislatore introduce una tipologia specifica di ente del c.d. "terzo settore", dotata di propria ed autonoma disciplina.¹⁸

Il decreto individua, dunque, i caratteri essenziali dell'impresa sociale, stabilendo innanzitutto che tutte le "organizzazioni private" che producono e scambiano beni o servizi di "utilità sociale" in via "stabile e principale" possono assumere la qualifica di "impresa sociale". (art.1)

La previsione contenuta in tale norma ha da subito generato perplessità negli interpreti, sia con riferimento alla nozione di "organizzazioni private", ritenuta troppo ampia e del tutto a-tecnica, sia con riferimento alla definizione del concetto di "stabile e principale".¹⁹

Il successivo comma 3 dell'art. 4, a tal riguardo, si è premurato di specificare che per attività principale o svolta in via stabile si intende "*quella per la quale i relativi ricavi sono superiori al settanta per cento dei ricavi complessivi dell'organizzazione che esercita l'impresa sociale*", rimettendo a successivi decreti dei Ministeri del Lavoro e delle Politiche Sociali la determinazione dei criteri quantitativi e temporali per computare la suddetta percentuale.

¹⁶ A. BUCELLI, *Riflessioni problematiche sulla disciplina dell'impresa sociale*, in *Non profit*, fasc. 4/2006, p. 748.

¹⁷ C. BORZAGA, *Impresa sociale: quali prospettive, quali limiti*, in *Non profit*, fasc. 4/2006, p. 709.

¹⁸ V. BUONOCORE, *Può esiste un'impresa sociale?*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 6/2006, pp. 883 ss.

¹⁹ V. BUONOCORE, *Impresa Sociale*, in *Annali I*, 2007, M. DI MAIO, *L'impresa sociale*, Napoli 2006, M. V. DE GIORGI, *La legge delega sull'impresa sociale*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1263.

Ulteriori dubbi sono stati espressi in merito alla mancata definizione di “utilità sociale”.²⁰

L’art. 2 infatti si è limitato ad indicare tutti i settori nei quali i beni e i servizi scambiati soddisfano tale requisito. L’elenco, piuttosto ampio, comprendeva attività legate all’assistenza socio-sanitaria, alla formazione e all’istruzione, non ricomprendendo tuttavia alcuni settori che sarebbero potuti risultare strumentali al diffondersi dei tale tipo societario.^{21 22}

Altro tratto caratterizzante la vecchia disciplina che, come vedremo in seguito costituisce uno dei tratti salienti della riforma, è l’assenza dello scopo di lucro (art.3).²³

A tal proposito, la normativa del 2006 prevede l’assoluto divieto di distribuzione diretta degli utili, i quali possono essere destinati soltanto allo svolgimento di attività previste dallo statuto o ad un incremento patrimoniale. Allo stesso modo, l’articolo in questione vieta la distribuzione indiretta di utili e ne individua alcuni atti sintomatici:

- l’attribuzione agli amministratori di compensi maggiori di quelli corrisposti da imprese che operano nel medesimo settore;
- l’attribuzione ai lavoratori subordinati o autonomi di compensi superiori rispetto a quelli previsti da contratti collettivi per le stesse qualifiche;
- la remunerazione degli strumenti finanziari diversi dalle azioni o quote, a soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari autorizzati, superiori di cinque punti percentuali al tasso ufficiale di riferimento.

Per lucro, ai sensi di tale articolo, si intende il lucro soggettivo, ossia l’incremento patrimoniale del singolo e non il lucro oggettivo, consistente nella realizzazione di utili da parte dell’impresa.

Tale previsione, non ha mancato di destare perplessità.

La norma, non vietando che la gestione dell’impresa sia volta a determinare un lucro proprio che agevoli l’attività sociale dell’impresa, ha

²⁰ R. COSTI, *La nozione di impresa sociale nella legge delega*, in *Impresa sociale*, fasc. 5/2005.

²¹ R. RANDAZZO, G. TAFFARI, E. GIOVINE, *La disciplina dell’impresa sociale nel percorso della riforma*, in *Cooperative e Enti non profit*, fasc. 12-12/2017, p. 56.

²² Eccezione a tale regola è la possibilità di ottenere la qualifica di impresa sociale per le imprese che abbiano assunto lavoratori svantaggiati o disabili in ossequio alla disciplina prevista dal regolamento (CE) n. 2204/2002, indipendentemente dalla presenza in uno dei settori di cui sopra.

²³ Sul punto si veda tra gli altri A. ZOPPINI, *Relazione introduttiva a una proposta per la disciplina dell’impresa sociale*, in *Rivista critica del diritto privato*, fasc. 2/200, pp. 335 ss. G. BONFANTE, *Un nuovo modello di impresa: l’impresa sociale*, in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, fasc. 8/2006, pp. 929 ss.

infatti voluto sottolineare la distinzione tra lucro soggettivo e lucro oggettivo.

Tuttavia, tale previsione sembrerebbe trovare forti punti di contrasto con l'art. 5, comma 1 del decreto, nella parte in cui prevede che gli atti costitutivi dell'impresa debbano prevedere “*l'assenza dello scopo di lucro di cui all'art. 3*”.

È indiscutibile tuttavia, come il divieto di distribuzione degli utili abbia nel tempo contribuito a limitare ampiamente la diffusione dell'impresa sociale nel nostro ordinamento, posto che lo stesso determina ampi problemi di sottocapitalizzazione analoghi a quelli che hanno portato all'abolizione del divieto stesso nelle società cooperative.²⁴

Con particolare riferimento al tema di responsabilità patrimoniale, dal momento dell'iscrizione nel Registro delle imprese, l'organizzazione risponde delle obbligazioni contratte con il proprio patrimonio, laddove quest'ultimo sia superiore a ventimila euro (art.6). Nel caso in cui il patrimonio diminuisca di oltre un terzo, delle medesime obbligazioni rispondono anche coloro che hanno agito in nome e per conto dell'impresa sociale.²⁵

Quest'ultima si caratterizza, inoltre, per una spiccata autonomia, evidenziata *in primis*, dal divieto ex art. 8 di nomina esterna dei vertici. È in ogni caso previsto che imprese private con finalità lucrative e amministrazioni pubbliche non possano assumere ruoli apicali. Il quadro in materia di cariche sociali si conclude con la previsione da parte dello statuto di specifici requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza per coloro che rivestono tali posizioni.

Il concetto di onorabilità, trascendendo dall'ambito prettamente giuridico, vuole evidenziare il rispetto e la stima di cui gode il soggetto che riveste la carica all'interno della società; quello di professionalità, invece, si riferisce al possesso di specifici titoli e competenze tecniche; infine, l'indipendenza attiene all'assenza di rapporti con enti portatori di interessi in contrasto con quelli dell'impresa sociale.

Naturalmente tali requisiti non sono frazionabili ma devono essere verificati su ciascun componente dell'organigramma societario.

Discorso diverso va affrontato per quanto concerne gli organi di controllo e di vigilanza. L'articolo 11 del decreto in esame prevede la nomina

²⁴ P. VENTURI, F. ZANDONAI (a cura di), *L'impresa sociale in Italia. Identità e sviluppo in un quadro di riforma*, in *Rapporto Iris Network*, Milano, 2014.

²⁵ A. CETRA, Art. 6, in M. V. DE GIORGI (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa sociale (Commentario al d. legisl. 24 marzo 2006, n. 155)*, Padova 2007, pp. 174 ss.

obbligatoria di uno o più sindaci qualora vengano superati i limiti dell'art. 2435 *bis* c.c. ridotti della metà. Il riferimento è ai requisiti per l'applicazione della disciplina del bilancio in forma abbreviata che, ridotti della metà, si presentano come segue: - attivo patrimoniale non superiore a 2.200.000 euro; - ricavi non superiori a 4.400.000 euro; - media di 25 dipendenti occupati durante l'esercizio.

I sindaci sono tenuti alla vigilanza sul rispetto della legge e degli obblighi statutari, possono assumere informazioni e compiere atti di ispezione e controllo.

In caso di superamento di almeno due dei limiti previsti dall'art. 2435 *bis* c.c. l'impresa sociale sarà sottoposta a revisione contabile di un soggetto iscritto nell'apposito albo istituito presso il Ministero della Giustizia.

È fatto obbligo all'impresa sociale di tenere il libro giornale ed il libro degli inventari ex art. 2216 e 2217 c.c. e di redigere e depositare nel Registro delle imprese il bilancio.

L'art. 13 affronta i temi della trasformazione, fusione e scissione, ponendo come comune denominatore di tali attività l'assenza dello scopo di lucro nel nuovo soggetto giuridico. Risultano, inoltre, prescritti un apposito controllo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, a cui deve essere allegato uno studio comprovante la congruità dell'operazione alle linee guida fissate con decreto del ministero stesso e l'autorizzazione finale dell'agenzia per le O.n.l.u.s.

Per quanto riguarda la cessione d'azienda, l'unica differenza (peraltro non di poco conto) rispetto alle suddette vicende giuridiche, consiste nel fatto che il cessionario può avere scopo di lucro ma deve comunque operare nei settori di cui all'art.2 del decreto ovvero deve assumere soggetti svantaggiati o disabili.

Infine, in caso di cessazione dell'impresa il patrimonio residuo deve esser devoluto ad O.N.L.U.S., associazioni, fondazioni, comitati o enti ecclesiastici. La stessa *ratio* è prevista in caso di insolvenza, previa sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa.

Un aspetto innovativo delle imprese sociali è quello legato alla *governance*. La norma di riferimento è l'articolo 4 del d.lgs.155/2006 secondo cui: "*All'attività di direzione e controllo di un'impresa sociale si applicano in quanto compatibili, le norme di cui al capo IX, titolo V, libro V e l'art. 2545 – septies del codice civile.*". L'obiettivo è quello di evitare una dipendenza della proprietà da un altro soggetto giuridico. A tal proposito si parla di *multistakeholder* come coinvolgimento nelle decisioni di soggetti che generalmente all'interno dell'impresa risultano destinatari dell'attività

economica o che partecipano alla realizzazione dello scopo sociale prestando attività lavorativa.

Tale forma di gestione, nonostante indubbi vantaggi connessi alla partecipazione di un numero maggiore di individui alle vicende dell'impresa e al venir meno di comportamenti opportunistici, presenta al contempo il rischio di render lento e inefficiente il processo decisionale.

Un ultimo elemento da analizzare è l'intervento del Ministero del lavoro e delle politiche sociali nella revoca della qualifica di impresa sociale, laddove venga ravvisata, in sede di controllo, la mancata ottemperanza degli elementi indicati dal decreto.

Il provvedimento di revoca è adottato dal Ministero sentita l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale ed è trasmesso al Registro delle imprese ove era stato depositato l'atto costitutivo dell'impresa sociale.

3. La revisione della disciplina in materia di impresa sociale.

Nell'ambito della generale riforma del Terzo settore, il nuovo decreto sull'impresa sociale si è posto l'obiettivo di trovare una soluzione avente ad oggetto le criticità e le lacune della precedente normativa.

Il legislatore ha avvertito la necessità di modificare la materia dell'impresa sociale, percependo la scarsa applicazione pratica di tale istituto, nonostante fosse stato introdotto soltanto dieci anni prima.

La nuova disciplina prevista dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, si presenta come un *corpus* autonomo all'interno del macro-ambito del Terzo Settore pur tuttavia includendo l'impresa sociale tra gli "Enti del Terzo settore" previsti dall'art. 4, comma 1 del Codice del Terzo settore.

L'art. 1, comma 1, d.lgs. 112/2017, stabilisce in modo chiaro che l'essere impresa sociale è una "qualifica" che può essere vantata da tutti gli enti privati a prescindere dalla forma giuridica di loro costituzione.²⁶

Tra le novità più rilevanti della riforma ricordiamo l'estensione del perimetro di attività, la possibilità di distribuire utili, anche se in misura limitata, sgravi e agevolazioni fiscali per chi investe. Ma anche nuovi obblighi e adempimenti e maggior rigore nei controlli interni ed esterni.

Più nello specifico, al fine di mantenere la qualifica di imprese sociali, le stesse sono tenute a svolgere una determinate attività con le modalità e per le finalità tassativamente indicate dal legislatore.²⁷

²⁶ A. FICI, *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Una prima lettura sistematica*, cit.

Per quanto concerne le attività che le imprese sociali possono svolgere, si registra l'introduzione della possibilità di produrre beni e servizi nei seguenti ulteriori ambiti: commercio equo e solidale, servizi al lavoro finalizzati all'inserimento di lavoratori svantaggiati, alloggio sociale, agricoltura sociale e microcredito.²⁸

L'aspetto che tuttavia ha però forse maggiormente novellato la disciplina dell'impresa sociale concerne la normativa relativa alla destinazione degli utili e gli avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio.

Al fine di favorire la raccolta di capitale di rischio, tuttavia, la nuova disciplina consente forme di remunerazione dei conferimenti, seppur in misura limitata e non speculativa.

Tutte le imprese sociali costituite in forma di società, infatti, possono destinare parte degli utili (fino ad un massimo del 50%) per aumentare gratuitamente il capitale sociale o distribuire dividendi ai soci, entro limiti e modalità stabilite. Inoltre, sempre nel limite del 50%, le imprese sociali possono deliberare erogazioni gratuite finalizzate alla promozione di specifici progetti di utilità sociale, in favore di enti del Terzo settore diversi dalle imprese sociali, che non siano fondatori, associati, soci dell'impresa sociale o società controllate.

Inoltre, a fini di promozione e sviluppo dell'impresa sociale, la nuova disciplina ha istituito importanti misure di sostegno, quali la detassazione degli utili o avanzi di gestione che incrementino le riserve indivisibili dell'impresa sociale in sospensione d'imposta e che vengano effettivamente destinati allo svolgimento dell'attività statutaria o ad

²⁷ L'attività deve essere un'attività d'impresa di interesse generale e deve essere svolta in via stabile e principale, nonché nel rispetto della sua particolare disciplina, ove esistente (art. 2, d.lgs. 112/2017).

²⁸ Il legislatore, sulla falsariga del sistema delineato per le ONLUS - e nel Codice del Terzo Settore - identifica con precisione quelli che debbano considerarsi "beni e servizi di utilità sociale" andando ad inserire una serie di settori, quali ad esempio l'assistenza sociale, l'assistenza socio-sanitaria, l'educazione, la formazione, la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, fino ai servizi strumentali alle imprese sociali.

La disciplina non ha scelto di formulare una clausola generale, ma ha elencato le attività d'impresa che sono da considerarsi di interesse generale ai fini del decreto in questione. Come si noterà, l'elenco è molto lungo (più di quello presente nell'art. 2, comma 1, dell'abrogato d.lgs. 155/2006), ma non comprende tutte le attività di cui all'art. 5, comma 1, CTS. Tale scelta non deve stupire l'interprete in quanto alcune delle attività ricomprese nell'art. 5 CTS, non potrebbero essere svolte in forma d'impresa.

incremento del patrimonio. Si prevedono inoltre incentivi fiscali volti a favorire gli investimenti di capitale nelle imprese sociali.

Con la riforma vengono inoltre introdotti in capo dell'impresa sociale nuovi obblighi e adempimenti.

È previsto l'obbligo:

a) di tenuta della contabilità ordinaria (libro giornale cronologico e libro inventari) e nonché di redazione e pubblicizzazione del bilancio d'esercizio, che rispetti i criteri prescritti dagli artt. 2423 e seguenti del codice civile;

b) di pubblicizzare il bilancio sociale, anche attraverso il proprio sito internet, e di procedere alla nomina di uno o più sindaci.

Infine, con la nuova disciplina si intensificano anche i vincoli a beneficio degli *stakeholder*, aumentandone il livello minimo di coinvolgimento, prevedendo tra l'altro, per le imprese sociali di grandi dimensioni, il diritto dei lavoratori ed eventualmente anche degli utenti di nominare almeno un componente dell'organo amministrativo e di controllo.

3.1. La nozione di impresa sociale e i soggetti esclusi.

Per quanto concerne più nello specifico la qualifica di impresa sociale può essere assunta da ogni tipologia di ente privato, anche da quelli del titolo V del codice civile, ma non dalle amministrazioni pubbliche ovvero dalle società con un unico socio persona fisica.

Ma la vera innovazione in ambito nozionistico è l'attribuzione *de jure* alle cooperative sociali e ai loro consorzi, di cui alla legge 8 novembre 1991 n. 381, della qualifica di impresa sociale.(art.1, comma 4) Per tale categoria, dunque, non sarà necessario il controllo circa la sussistenza dei requisiti individuati dal decreto per tutte gli altri enti.²⁹

L'art.17 del decreto modifica l'art. 1, comma 1., della l. 381/1991 operando la parificazione tra imprese sociali e cooperative tramite l'inserimento, tra le finalità delle cooperative, di attività prettamente sociali quali prestazioni sanitarie o di educazione, istruzione, formazione.³⁰

²⁹ S. AGOSTINI, *Le imprese sociali in forma cooperativa*, in *Cooperative e Enti non profit*, fasc. 11-12/2017, pp. 68 ss.

³⁰ Anche dal punto di vista fiscale si possono registrare alcuni benefici applicabili alle cooperative sociali. L'art.18 prevede la detrazione del 30% dell'importo investito da un contribuente nelle cooperative sociali che non siano state formate più di 36 mesi prima del 20 luglio 2017. Inoltre la stessa somma non concorre alla determinazione del reddito dei soggetti passivi Ires.

Come le altre tipologie di imprese sociali, anche il patrimonio delle cooperative viene devoluto ad enti del Terzo settore e la procedura concorsuale applicabile in caso di insolvenza

Con riferimento alla qualifica di impresa sociale, essa diviene effettiva nel momento dell'iscrizione nel Registro delle imprese territorialmente competente e dura fino all'apposito decreto dell'Autorità in sede di controllo ovvero fino ad un atto volontario di segno contrario.

Anche un ente già costituito può assumere la qualifica di impresa sociale ma ciò comporta il venir meno della disciplina di altre tipologie di enti del terzo settore qualora precedentemente applicate.³¹

Il decreto sottolinea inoltre che il requisito principale per ottenere e mantenere la qualifica di impresa sociale è lo svolgimento “*in via stabile e principale*” di un'attività di “*interesse generale*” che persegua finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

Ai sensi dell'art. 2, comma 3, si intende svolta in via principale l'attività per la quale i relativi ricavi siano superiori al 70% dei ricavi complessivi dell'impresa sociale, secondo criteri di computo definiti con Decreto del Ministero dello Sviluppo economico, di concerto con il Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali.³²

Inoltre, nonostante l'assenza di una definizione della clausola “*interesse generale*”, l'art. 2 elenca una serie di attività che soddisfano tale requisito. Trattasi di ambiti che vanno dalla ricerca scientifica alla formazione, dalle prestazioni sanitarie al reinserimento nel mondo del lavoro.

3.2. La deroga al divieto di distribuzione degli utili.

Un ulteriore approfondimento merita l'importante innovazione apportata dalla riforma del 2017 relativamente alla non tassatività del divieto di distribuzione degli utili.

Sebbene l'art. 3, ai commi 2-3, confermi il divieto di distribuzione diretta ed indiretta di utili, il medesimo comma 3 sancisce la possibilità per le imprese sociali, costituite nella sola forma societaria, di destinare una somma inferiore al cinquanta per cento degli utili e degli avanzi di gestione annuali, ed in misura comunque non superiore all'interesse massimo dei

è la liquidazione coatta amministrativa, attivata con decreto del Ministero dello Sviluppo economico.

Il d.lgs. 112/2017 indica, caso per caso, le norme non applicabili alle cooperative sociali come ad esempio quella ex art.12 in tema di adeguate misure di coinvolgimento di lavoratori, utenti e terzi nelle attività dell'impresa.

³¹ Presupposto necessario in tal senso è la modifica dello statuto con le modalità previste per l'assemblea ordinaria.

³² Tale previsione è rimasta inalterata rispetto alla disciplina previgente.

buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato.

La lett. b) del comma 3 afferma invece la facoltà di indirizzare la stessa somma di cui sopra, in forma di erogazioni gratuite, ad altri Enti del Terzo settore privi della qualifica di impresa sociale.³³

Come accennato nei paragrafi precedenti, l'abolizione, seppur parziale, del divieto di divisione degli utili ha comportato un superamento del vincolo di remunerare il capitale sociale, rendendo più appetibile per gli investitori privati tali tipologia di modello societario.

3.3 Quid juris della governance della nuova impresa sociale?

Rispetto alla disciplina precedente, la riforma ha previsto la nomina interna della maggioranza degli amministratori e non della totalità degli stessi come affermava il d.lgs. 155/2006. Resta operativo l'obbligo di redazione del bilancio d'esercizio, nonché dei libri giornale e degli inventari.

Viene invece inserito un sistema di controlli interni più pregnante. Diventa necessaria la nomina di almeno un sindaco, prima indicata solo in caso di patrimonio sociale superiore a ventimila euro.

In caso di superamento per due esercizi consecutivi dei limiti fissati dall'art. 2435 c.c. è inoltre prevista obbligatoriamente la nomina di un revisore legale iscritto nell'apposito registro istituito presso il Ministero della Giustizia.

Con riferimento all'ammissione e all'esclusione di soci, l'art.8 conferma l'individuazione delle specifiche modalità nello statuto o nell'atto costitutivo.

L'impresa deve inoltre prevedere apposite misure di coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di qualsiasi terzo interessato alle attività sociali e deve prevedere un limite massimo delle differenze salariali.

L'art. 15 infine si occupa dei controlli pubblici. Attività ispettive sono attribuite all'Ispettorato nazionale del lavoro, ai fini della verifica del rispetto dei requisiti indicati dal decreto. In caso di violazione, gli organi dell'impresa vengono invitati a regolarizzare i comportamenti illegittimi entro un determinato termine. Qualora ciò non avvenga, il Ministero del lavoro provvede con decreto alla rimozione della qualifica di impresa sociale e alla successiva cancellazione di quest'ultima dal registro delle imprese.

³³ Da tale previsione discende una nuova veste dell'impresa sociale, quella di strumento di supporto finanziario agli altri enti del Terzo settore.

4. Note conclusive: impresa sociale e società benefit.

Le società *benefit* sono state introdotte con la l. 28 dicembre 2015 n. 208, all'art.1 e possono esser considerate il frutto dell'intenzione del legislatore di realizzare una nuova forma societaria con caratteri sia degli enti *profit* che di quelli *non profit*.

Parlare di ibridazione tra due modelli associazionistici ancor prima che societari significa innanzitutto considerare l'eventualità che associazioni (e fondazioni) possano svolgere attività d'impresa con cause diverse.³⁴

Nel caso di specie, la divergenza causale tra le due tipologie è data dall'assenza dello scopo di lucro e dunque dal divieto di distribuzione degli utili tra i soci.

Utili che possono esser destinati all'attività *non profit* già esercitata ovvero ad altri enti omologhi come già chiarito precedentemente.

Se dunque l'elemento causale è ciò che distingue un modello societario da un altro, è opportuno indagare su quello delle società *benefit* per capire se si presenti in autonomia oppure faccia riferimento a categorie preesistenti.

Alla luce di quanto appena espresso, sostenere la portata innovativa delle società *benefit* significa dimostrare la compatibilità tra le funzioni degli enti *profit* e degli enti *non profit* all'interno di una medesima attività.

Si tenga ben presente che da un lato la struttura degli enti *non profit* non è pensata per l'esercizio di attività di carattere prettamente economico, dall'altro l'inserimento di clausole di tipo sociale nello statuto di una società *profit* non altera la causa lucrativa.

L'obiettivo è quindi individuare un *link* tra l'interesse dei soci a massimizzare le somme investite e il raggiungimento delle finalità indicate dalla legge 28 dicembre 2015, n.208.

Parte della dottrina ha fatto riferimento all'applicabilità della disciplina in materia di responsabilità e trasparenza gestionale dei gruppi societari *ex artt.* 2497 e ss. c.c. come soluzione al contemperamento degli interessi in gioco.³⁵

³⁴ P. GUIDA, *Il modello "società benefit": analisi strutturale e applicazione al Terzo settore*, in *La riforma del c.d. Terzo settore l'imposizione fiscale delle liberalità indirette*, cit. p.39.

³⁵ A. ZOPPINI, *Un rapporto tra società benefit ed enti non profit: implicazioni sistematiche e profili critici*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, fasc. 2/2017 e L. VENTURA, *Benefit corporation e circolazione di modelli: le "società benefit", un trapianto necessario?*, in *Contratto e impresa*, 2016, p. 1134.

A ben vedere, però, per ragioni di coerenza sistematica, sembra più opportuno ricondurre il problema nell'ambito delle azioni correlate ex art. 2350 c.c. e dei patrimoni destinati ex artt. 2447-*bis* ss. c.c.

Le prime, infatti, consentono il ritorno dell'investimento nell'attività d'impresa, senza disgregare il patrimonio sociale né tantomeno l'unitarietà della *governance*, i secondi, invece, permettono di applicare specifiche forme di gestione (opponibili ai terzi) ad una parte del patrimonio sociale.

Tali misure hanno tuttavia avuto scarsa applicazione pratica a causa degli elevati costi transattivi generati dal ponderamento degli interessi in gioco. E pensare che trattasi di due finalità comunque lucrative.

La stessa problematica è dunque ravvisabile anche con riferimento al rapporto tra *profit* e *nno profit*.

Anzi, considerando la netta e talvolta quasi insormontabile differenza tra le due cause in questione, la tematica appena esposta assume dimensioni maggiori in materia di costi transattivi.

In conclusione, appare imprescindibile un controllo pubblicistico sul rispetto delle finalità altruistiche da parte delle società *benefit*, attesa la difficoltà di stabilire un controllo di tipo esclusivamente privatistico demandato ai soci.

Ruolo fondamentale è assunto, dunque, dall'autorità Antitrust che è in grado di sanzionare le società *benefit* inadempienti e di evitare che le stesse possano trarre vantaggi illegittimi rispetto alle altre imprese operanti nel medesimo mercato.

ALTRI SAGGI

L'UMANITÀ DEL RISCHIO E L'ONTOLOGIA DELL'INCERTEZZA NEI MERCATI FINANZIARI*

Daniele D'Alvia

*Module Convener del corso di Diritto Comparato e Diritto Finanziario
Islamico presso la Birkbeck University di Londra e docente del Master breve
in Diritto Bancario e Finanziario Islamico presso la ICC di Roma.
Avvocato presso il Foro di Roma*

Il presente contributo re-interpreta il rischio e l'incertezza dei mercati finanziari al fine di configurare, altresì, un realismo ontologico tale da superare le astratte teorizzazioni del rischio più volte percorse da Knight e Keynes. Il rischio è l'oggettivizzazione del futuro e il suo carattere ontologico ha portato allo sviluppo di "umane" o talvolta "disumane" società del rischio. Perciò si suggerisce di rivalutare l'incertezza in chiave umanistica e fenomenologica ove accanto ad essa anche il rischio e la competizione assumono carattere fondante della nuova economia dei mercati.

This paper re-interprets the features of risk and uncertainty within financial systems in order to re-define a new ontological realism, so that the abstract theorisations of Knight and Keynes can be finally superseded. Indeed, risk represents the objectification of the future, and its ontological feature has led to the development of "human" or sometimes "inhuman" risk societies. Therefore, a revaluation of uncertainty from a humanist perspective is suggested, taking into account risk and competition as forms of the new economy of financial systems.

Sommario:

1. Introduzione
2. Il rischio
 - 2.1. L'epistemologia del rischio
 - 2.2. L'ontologia del rischio (finanziario)
 - 2.2.1. L'"umana umanità" e l'"umana disumanità" del rischio
3. L'incertezza
 - 3.1. L'epistemologia dell'"irrealistica realistica" dell'incertezza
 - 3.2. L'ontologia dell'incertezza nei mercati finanziari
4. Il mercato finanziario come modello teorico
 - 4.1. Rischio ed incertezza nei mercati finanziari
5. Conclusioni

* Si ringrazia la Prof.ssa Michelle Everson (*Birkbeck University of London*) per l'introduzione alle letture e teorizzazioni di Knight e alla quale devo l'indipendenza critica del mio pensiero. In particolare, il presente contributo riporta la classica distinzione tra rischio ed incertezza che ha caratterizzato gran parte dei miei studi durante gli anni di dottorato che ho trascorso a Londra presso *Birkbeck University of London*. Specificamente, sono qui riportati i primi cenni verso una possibile teoria di autopoiesi dei mercati finanziari che al tempo di pubblicazione di questo articolo ha iniziato ad essere apprezzata presso la nota conferenza annuale dell'*Institute for Global Law and Policy* ad *Harvard Law School* (Giugno 2018) e che ho avuto anche modo di presentare come coordinatore di uno *stream* dedicato al tema della rigenerazione dei mercati presso la nota *Critical Legal Conference* di Londra (Settembre 2018)

1. Introduzione

Da un punto di vista filosofico non vi è mai stato un vero approfondimento generale sul rischio e specificamente sul suo significato all'interno dei mercati finanziari. In qualche modo l'assenza di un'ontologia dell'essere in relazione al rischio è una conseguenza naturale delle riflessioni circa l'esistenza dell'uomo e dell'umanità, che almeno inizialmente non potevano che riguardare null'altro che l'uomo nella sua interezza e nelle sue fragilità senza dover ricorrere alla sua inter-relazione con l'Altro.¹ Invero, tale filosofia del “Volto”, che è stata introdotta da Lévinas risente indirettamente di una mutata concezione del rischio volta a configurare il rischio non solo secondo un parametro relazionale ma addirittura esistenziale soprattutto se si pensa al sempre più frequente sviluppo di società del rischio.²

Per tale motivo prime considerazioni sul rischio verranno espone nel paragrafo 2 del presente contributo, per poi analizzare specificamente le connotazioni economiche del rischio finanziario. Invero, la necessità di una definizione del rischio finanziario appare oggi impellente soprattutto dopo gli effetti sociali che sono stati visibili a seguito dell'attuale crisi finanziaria iniziata nel 2007 in America con il *default* dei *sub-prime mortgages* e continuata nel 2008 con il noto fallimento della banca d'investimento *Lehman Brothers*. Tali eventi hanno contribuito al diffondersi del c.d. rischio sistemico (*systemic risk*), che al pari di un'epidemia ha attaccato ogni settore del mercato finanziario (s'intende il mercato finanziario *tout court*, quindi il mercato dei prestiti obbligazionari, il mercato assicurativo, il mercato azionario, etc.) e si è riflesso nei – purtroppo noti – costi sociali d'impoverimento, disoccupazione e perdita di beni primari. A causa di tale “*socializzazione*” del rischio finanziario si pone l'esigenza di esaminare quella che può essere definita come la forza generatrice del denaro nelle democrazie occidentali, vale a dire l'incertezza. Quest'ultima, come verrà esplicitato, rappresenta in termini economici la concretizzazione del rischio e l'attuazione delle sue aspettative. Di conseguenza il presente contributo analizza nel paragrafo 3 il significato e l'ontologia dell'incertezza per poi esaminare l'interazione del rischio e dell'incertezza nei mercati finanziari nel paragrafo 4. Considerazioni finali saranno espone nel paragrafo 5.

¹ LÉVINAS, *Tra noi: saggi sul pensare all'altro*, Milano, 2016.

² BECK, *La società del rischio: verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

2. Il rischio

La storia del rischio in chiave moderna ripercorre la storia dell'umanità.³ Invero, secondo Bernstein quella del rischio è:

<<(…) the story of a group of thinkers whose remarkable vision revealed how to put the future at the service of the present (...) transforming risk-taking into one of the prime catalysts that drives modern Western society. Like Prometheus, they defied the gods and probed that darkness in search of the light that converted the future from an enemy into an opportunity. The transformation in attitudes towards risks management unleashed by their achievements has channelled the human passion for games and wagering into economic growth, improved quality of life, and technological progress>>⁴

Tale introduzione alla storia del rischio di Bernstein vuole ricordare come la stessa sia una storia umana fatta da uomini e pensatori vissuti in diversi periodi storici ma soprattutto il suo ragionamento riguarda la categorizzazione del futuro come un'entità manipolabile, misurabile e gestibile al contrario del fato misterioso o della volontà divina (*voluntas dei*) che s'imponeva originariamente sull'uomo. Per tale motivo il dubbio circa la filosofia naturale aristotelica che fu avanzato da Galileo Galilei, padre della scienza moderna, è il simbolo dell'uomo che si ribella alla sua condizione esistenziale e si oppone al fato e a Dio dimostrando che il futuro nasconde innate opportunità di progresso, guadagno e sviluppo, che sono umanamente possibili di scoperta e di sfruttamento. Tale approccio è anche confermato in termini sociologici da uno dei più grandi sociologi inglesi Anthony Giddens, che riconosce il carattere "*rischioso*" della modernità in termini di *<<open human control>>* e soprattutto in chiave di colonizzazione del futuro.⁵ Quindi, se il futuro è un'entità colonizzabile ed oggetto di controllo da parte dell'uomo si può definire la modernità come una condizione determinata da scelte e decisioni rischiose fino all'addivenire di vere e proprie società del rischio teorizzate dal noto sociologo tedesco Ulrich Beck in cui la

³ BERNSTEIN, *Against the gods: the remarkable story of risk*, Londra, 1996.

⁴ ID., 1.

⁵ GIDDENS, *Modernity and Self-identity*, Stanford, 1991, 110-114.

produzione della ricchezza va di pari passo alla distribuzione sistematica dei rischi.⁶

Per tale motivo il rischio diventa un connotato essenziale della modernità almeno per due ordini di ragioni: in un primo significato il rischio assume un connotato sociologico per cui il rischio è studiato come la manifestazione di uno stato dell'essere del tessuto sociale ovvero quale fenomeno capace di influenzare la stessa costituzione e sviluppo della società; dall'altro lato, il rischio ha un connotato ontologico che oggi è soprattutto manifestato nei mercati finanziari in termini di rischio d'investimento. In breve, le scelte dell'investitore influenzano non solo i margini di profitto ma anche i costi della "*privatizzazione*" di tali scelte rischiose.

In questo contributo l'attenzione è posta sul secondo paradigma ovvero come il rischio finanziario possa influenzare il mercato e come il rischio indirettamente manipoli anche la società attraverso la c.d. "*socializzazione*" del rischio finanziario.

2.1. L'epistemologia del rischio

A prescindere dallo studio filosofico, sociologico o legale che si intraprende, il rischio va dapprima esaminato nel suo significato epistemologico. L'epistemologia può essere definita quale scienza del sapere e della conoscenza per tale motivo la conoscenza del rischio genera immediatamente un primo paradosso.

Invero, se vi è un rischio qualche cosa deve essere sconosciuta o quanto meno i risultati di un'azione intrapresa devono essere almeno in parte sconosciuti e, quindi, imprevedibili. Di conseguenza la conoscenza del rischio in senso epistemologico è la conoscenza di una mancata conoscenza. Tale endiadi: conoscenza e mancata conoscenza costituiscono l'argomento centrale del rischio e pur tuttavia esplicano davvero poco della natura del rischio e della ragione della sua esistenza. In breve, il riconoscimento di tale endiadi può generare un argomento tautologico per cui se l'epistemologia è legata alla disseminazione della conoscenza, in relazione al rischio si può

⁶ BECK, *La società del rischio: verso una seconda modernità*, cit., 25. Sempre sul rischio un altro noto sociologo tedesco Niklas Luhmann ha distinto coloro i quali assumono decisioni rischiose da coloro che subiscono l'effetto del rischio di tali decisioni. Tale connotazione del rischio è prettamente sociologica e volta a giustificare o condannare dinamiche di potere e controllo così come di soggezione e dominio (LUHMANN, *Risk: a sociological theory*, IV ed., New Jersey, 2008, 1 ss.).

affermare che è la stessa conoscenza relativa ad una mancata conoscenza a costituire un limite.⁷

Infondo se come è stato detto nel paragrafo precedente, la storia del rischio è intesa come storia dell'umanità e dei suoi progressi di colonizzazione del futuro appare logico come il riconoscimento di un limite epistemologico del rischio non sia altro che il riconoscimento della finitudine dell'essere umano la cui conoscenza del futuro è necessariamente limitata. In qualche modo si tende a reagire ad una situazione presente e non passata attraverso l'immagine che si ha del futuro corso degli eventi. Questo significa che il comportamento umano allo stato di coscienza è determinato da azioni ed inferenze che coinvolgono facoltà sensoriali ed istintive. Eppure la conoscenza che si può acquisire del presente e le azioni che vengono predisposte per il futuro non sono infallibili ma contengono sempre un margine di errore.⁸

È questo riconoscimento dello “*sbagliare*” che rappresenta un segno della indeterminatezza del mondo, ma allo stesso tempo riflette l'impossibilità degli esseri umani di rappresentare “*futuri*” esatti, determinati e in cui ogni azione risulta essere predeterminata. In altre parole, gli esseri umani non sono macchine, ma commettono spesso errori. Questo poiché non si può avere una nitida immagine del futuro dove ogni evento o circostanza è classificata, valutata e, quindi, anticipata. In breve, il futuro ha rivelato un elemento incontrollabile d'ignoranza che caratterizza, ad un primo sguardo d'insieme, l'epistemologia del rischio in termini di mancata conoscenza.

2.2. L'ontologia del rischio (finanziario)

L'epistemologia del rischio nel paragrafo precedente ha rivelato la fallacità dei sensi dell'uomo e la limitata intellegibilità del mondo. Per tale motivo occorre definire – se possibile – cos'è il rischio e distinguerlo da ciò che non è. In altre parole, occorre ricercare l'ontologia di rischio al fine di individuare direttamente uno *status* metafisico di rischio nei termini di una qualità del mondo fisico che implichi un realismo ontologico per cui sia possibile prefigurare ed identificare gli stati del mondo che sono suscettibili di essere qualificati come “rischio”.

⁷ D'ALVIA, *A philosophical dialogue on financial risk: the (dis)illusion of a singular meaning*, in *Critical legal thinking*, 7 Marzo 2016 <<<http://criticallegalthinking.com/2016/03/07/philosophical-dialogue-financial-risk-disillusion-singular-meaning/>>> (accesso 31 Marzo 2018).

⁸ KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, New York, 2014, 201.

In questo senso il rischio può essere definito come la probabilità del verificarsi di un evento che può o meno verificarsi. Per tale motivo il significato di rischio ha una nuova valenza quando il termine “*evento*” è analizzato. Evento deriva dal latino antico <<*e venio*>> ovvero letteralmente <<deriva da>>.⁹ Per questo è possibile affermare attraverso la linguistica che la conoscenza del rischio è la conoscenza di una situazione conoscibile: è la conoscenza di un evento passato. Solo in questo senso la conoscenza del rischio è vicina ad una conoscenza quasi-perfetta poiché possediamo quasi tutte le informazioni necessarie ad esprimere una corretta valutazione del passato.

Per tale ragione su una linea temporale il discorso sul rischio andrebbe posto nel passato. È un falso argomento quello per cui il rischio è nel futuro, semmai l'incertezza è la concretizzazione di un evento futuro e, quindi, incerto. Tuttavia, prima di focalizzarsi sull'incertezza bisogna ancora riflettere sull'ontologia del rischio. Invero, quale implicazione ha il fatto di connettere l'ontologia del rischio con il passato? Specificamente, il soggetto programma le sue azioni nel futuro e tenta di essere avverso al rischio sulla base dei dati oggettivi accumulati nel passato e sulla base dei nuovi stimoli ed interferenze prodotte dal presente. In questo senso, la conoscenza quasi-perfetta del passato e le decisioni influenzate dagli eventi presenti rendono il soggetto un agente quasi-informato.

Ciò significa che da un punto di vista del realismo ontologico del rischio è possibile potenzialmente dividere le situazioni rischiose da quelle che lo sono meno. Vi è quindi una qualità oggettiva ed immanente del rischio che può essere misurata attraverso la statistica e la legge dei numeri e delle probabilità.¹⁰ Inoltre, vi è una dimensione soggettiva del rischio che è stata introdotta nel 1731 da Daniel Bernoulli¹¹ in relazione al soggetto o agente

⁹ D'ALVIA, *A philosophical dialogue on financial risk: the (dis)illusion of a singular meaning* cit.

¹⁰ BERNSTEIN, *Against the gods: the remarkable story of risk*, 52-72. L'Autore ricorda come la nascita di una teoria oggettiva del rischio debba essere ricollegata ad una serie di pensatori quali Fibonacci con la sua opera *Liber Abaci* (1202), Cardano *Liber de Ludo Aleae* (1525), Galileo Galilei *Sopra la Scoperta dei dadi* (1623) fino a Pascal e Fermat e alla scienza della statistica di Graunt, Petty e Halley, ed infine Knight e Keynes.

¹¹ Id., 108. Come espresso da Bernstein: <<*Cardano, Pascal, and Fermat provided a method for figuring the risks in each throw of the dice, (...) Bernoulli introduces us to the risk-taker, the player who chooses how much to bet or whether to bet at all. While probability theory sets up the choices, Bernoulli defines the motivations of the person who does the choosing. This is an entirely new area of study and body of theory. Bernoulli laid the intellectual groundwork for much of what was to follow not just in economics, but in theories about how people make decisions and choices in every aspect of life*>>.

che prende la decisione di assumere un rischio o d'intraprendere un'azione rischiosa, fondamentalemente un essere umano che vuole sfidare la sorte e la volontà divina. Sotto questa luce l'attenzione è spostata dall'oggettiva realtà del rischio basata su passato e presente alla soggettiva visione del futuro da parte del soggetto che è influenzato dalle sue stesse convinzioni, opinioni e desideri. In termini filosofici significa che quando si parla di rischio si deve necessariamente esaminare la sua ontologia attraverso due differenti paradigmi ma che allo stesso tempo si riferiscono alla medesima azione e al medesimo soggetto in quanto autore della decisione rischiosa. Questo significa che di fronte ad una qualità del mondo che è stata concettualizzata come "*rischio*", il soggetto è capace di prendere tale rischio su di sé, ma a sua volta tale soggetto prenderà una decisione che è irrimediabilmente viziata dai suoi pre-giudizi relativi, soggettivi e limitati: in breve, è la sua stessa condizione umana a rappresentare un limite diretto alle sue scelte. Invero, tale soggetto in termini più ampi esprime la condizione umana di limitata infinitudine nel senso più puro del termine ovvero di infinite decisioni che possono essere prese ma che sono al tempo stesso necessariamente limitate da pregiudizi e pre-configurazioni soggettive del mondo.

Successivamente, a tale paradigma soggettivo introdotto da Bernoulli, nel 1921 i dodici capitoli del libro "*Risk, Uncertainty and Profit*" di Frank Knight distinguono il rischio dall'incertezza, qualificando quest'ultima come la concretizzazione delle aspettative soggettive di pre-figurazione del futuro ovvero dell'attuazione di scelte rischiose nei seguenti termini:

<< (...) the practical difference between the two categories, risk and uncertainty, is that in the former the distribution of outcome in a group of instances is known (either through calculation a priori or from statistics of past experience), while in the case of uncertainty this is not true (...) the best example of uncertainty is in connection with the exercise of judgement or the formation of those opinions as to the future course of the events, which opinions (and not specific knowledge) actually guide most of our conduct>>¹²

In particolare, il concetto di gestione del rischio (*risk management*) è nato poiché il rischio non può essere evitato in ogni scelta umana. Invero, a questo punto occorre trasporre queste nozioni di rischio ed incertezza – come

¹² KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, 233.

promesso – all'interno della logica dei mercati finanziari iniziando dal rischio.

Il riconoscimento di una qualificazione oggettiva e soggettiva del rischio ha influenzato in ambito finanziario la nascita di concetti fondamentali quali quello di diversificazione degli investimenti, di *pricing model* relativo agli *assets* fino alla nascita dell'economia comportamentale di cui recentemente Richard H. Thaler è stato insignito del premio Nobel nel 2017. Invero, Thaler racconta la storia dell'investitore o dell'operatore economico che agisce concretamente nel mondo secondo parametri soggettivi e spesso motivato da ragioni irrazionali discostandosi così ampiamente da quella classica concezione dell'*homo economicus*.¹³ La statistica e la legge dei numeri e delle probabilità hanno favorito il soggetto ovvero l'operatore economico ad assumere rischi che costituiscono in tale visione una legittima fonte di profitto nelle democrazie occidentali a differenza, ad esempio, che nel mondo islamico.¹⁴

In particolare, questa idea che le facoltà percettive umane siano limitate e che quindi possano solo accedere ad una conoscenza relativa è il fulcro centrale della tensione che si registra tra conoscenza e rischio e che ancorché finalizzata al raggiungimento di una conoscenza assoluta è destinata a fallire. Di fronte a questa innata fallacità della nostra conoscenza si deve analizzare in termini economici la ragione ed il motivo secondo il quale gli operatori economici sono incapaci di prendere rischi ragionevoli e perché la

¹³ THALER, *Misbehaving: the making of behavioural economics*, Londra, 2016; in particolare tale teoria di comportamenti irrazionali è stata ampiamente studiata da Thaler nel suo famoso libro *Nudge*, che è anche il libro per cui ha vinto il premio Nobel (THALER, SUNSTEIN, *Nudge*, Londra, 2009).

¹⁴ D'ALVIA, *(Legal) uncertainty: Takaful between English Common Law and Shari'A Law*, in *International Review of Law*, 2017, 4-7. Invero, come ho fatto notare il principio fondamentale nel diritto finanziario islamico in termini di rischio finanziario non è mai basato sull'unicità dell'operatore economico nell'assunzione del rischio, ma bensì sulla condivisione del rischio finanziario tra più operatori economici (*risk sharing*) ovviamente tenendo conto che l'assunzione stessa del rischio sia legittima secondo il parametro coranico del *Gharar* (termine che in arabo significa rischio ma anche incertezza e azzardo morale). Fondamentalmente nel diritto finanziario islamico poiché tutte le operazioni commerciali sono rischiose ed il rischio non può davvero essere evitato *tout court*, si è ricorso al concetto di *Gharar* permissibile e *Gharar* vietato ovvero i giuristi islamici hanno interpretato i versi coranici al fine di dedurre la possibilità di commerciare secondo canoni ragionevoli ed equi in relazione all'assunzione del rischio che non può mai essere unilaterale ma sempre bilaterale o almeno condiviso. Sul punto anche ampiamente sul concetto di rischio nel diritto finanziario islamico CATTELAN, "In the name of God: Managing risk in Islamic finance" in *European Association for Banking and Financial history*, paper No.14-07, July 2014 http://bankinghistory.org/wp-content/uploads/eabhpapers14_07.pdf (accesso 4 Aprile 2018).

classificazione di tali rischi in finanza risulta essere spesso portatrice di comportamenti inefficienti (quali l'azzardo morale ovvero il c.d. *moral hazard*).

Si è detto come l'assicurazione sia l'unico modello economico capace di colonizzare il futuro in termini sociologici.¹⁵ Invero, l'assicurazione, in termini economici, è la domanda di protezione contro i rischi al fine di proteggere le posizioni degli operatori economici nel mercato. Specificamente, l'obiettivo principale dell'assicurazione è di distribuire i rischi e fissare il costo dei premi assicurativi attraverso la classificazione.¹⁶ Classificare è un'attività costosa per l'assicuratore nel concetto tradizionale di assicurazione, ma lo è anche per una controparte centrale di compensazione nei mercati di strumenti derivati che cerca di diversificare i rischi sulla base di differenti classi a seconda dei risultati di valutazione del rischio. Questo processo di valutazione del rischio è basato nel separare e distinguere rischi simili in classi differenti. Per cui il requisito fondamentale di ogni processo di classificazione è la ricerca di una omogeneità dei rischi per ciascuna classe. Più le classi dei rischi sono omogenee e più il premio è stabilito in modo equo ed efficiente.

In termini finanziari questo si riflette nel purtroppo noto fenomeno di una devalutazione del rischio finanziario che ha reso possibile l'emergere di fallimenti a catena tra gli anni 2007 e 2010. Per tale ragione, una corretta valutazione del rischio è essenziale al fine di distribuire e classificare correttamente i rischi, ancorché è difficile raggruppare classi omogenee di rischi. Invero, tale concetto di omogeneità ci riporta a Knight il quale ha distinto tra giudizi statistici e giudizi *a priori* secondo la legge delle probabilità.¹⁷ Infatti, la ragione per distribuire i rischi attraverso la classificazione è quella di incentivare comportamenti efficienti e raggiungere un equilibrio di mercato. Ciò nonostante la nostra incapacità di suddividere e classificare i rischi in modo omogeneo resta un ostacolo insormontabile che riduce l'accuratezza. Per tale motivo è la mancata conoscenza del rischio che giustifica il bisogno di classificazione e distribuzione dei rischi ma è la stessa impossibilità di predire tutte le variabili che riduce la stessa omogeneità delle classi. Invero, se ogni classe di rischio fosse stata assolutamente omogenea non vi sarebbe necessità di avere risultati

¹⁵ GIDDENS, *Modernity and Self-identity*, 113.

¹⁶ ABRAHAM, *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory and Public policy*, Yale, 1986, 64.

¹⁷ KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, 218-219.

probabilistici di verifica del rischio, e la stessa idea di probabilità sarebbe priva di senso.

In particolare, in un giudizio statistico le classi di rischio sono più accurate poiché sono determinate da un'osservazione diretta della realtà al fine di determinare quante volte gli stessi fatti si ripetano nel tempo. In breve, in un giudizio statistico i fatti sono omogenei e sono divisi per classi omogenee. Ne discende che il livello di accuratezza nel determinare le possibili varianti sia molto alto; dall'altro lato se si fa ricorso a giudizi *a priori* relativamente a un gruppo di fatti, questi risultano tra loro assolutamente omogenei, ma le variabili di ogni classe sono indeterminate (ad esempio, la probabilità che si verifichi un incendio in un determinato edificio, in un particolare giorno dell'anno non può essere misurata con un alto livello di certezza ed accuratezza poiché molti imprevisti possono accadere in quel determinato giorno dell'anno in aggiunta al fatto che l'edificio potrebbe essere sprovvisto di precauzioni antincendio). Perciò, la differenza tra i due tipi di giudizio rimane ancorata al livello di accuratezza nella classificazione del rischio. Nel giudizio *a priori* le probabilità di separare il rischio in classi è reso più difficile dalla indeterminatezza dei fattori che entrano in gioco e dall'alta imprevedibilità di occorrenze che sono raramente misurabili in senso oggettivo. Per questa ragione, una classificazione del rischio carente può rendere inefficiente il sistema di protezione delle posizioni finanziarie degli operatori economici nel mercato. Inoltre, se una classificazione è incorretta si potrebbe generare un comportamento inefficiente del soggetto in considerazione che consapevole di una copertura illimitata assumerà azioni azzardate tali da generare il c.d. azzardo morale (*moral hazard*).

Questo è il paradosso della teoria probabilistica che tende al raggiungimento di risultati oggettivi attraverso la distribuzione e classificazione del rischio, ma che si deve misurare necessariamente con il carattere soggettivo del rischio e quindi con giudizi *a priori* che sono incapaci di determinare con assoluta certezza occorrenze specifiche. Per cui se la probabilità statistica è applicata a stime soggettive, il rischio non può essere misurato oggettivamente. Questo è il caso di giudizi ed opinioni in termini soggettivi ed è anche l'*incipit* di una prima riflessione sull'incertezza.¹⁸

¹⁸ Cfr. paragrafo 3 di questo contributo.

2.2.1. L'“umana umanità” e l'“umana disumanità” del rischio

Ora che il concetto di rischio è stato esplicito in termini epistemologici (paragrafo 2.1) ed in termini ontologici (paragrafo 2.2) ci si deve ancora soffermare sul carattere “umano” del rischio. Non solo perché la storia del rischio – come è stato visto – è una storia di uomini che hanno osato sfidare Dio alla ricerca di una possibile colonizzazione del futuro, ma anche soprattutto in virtù della qualità soggettiva del rischio, che è legata alle opinioni e ai giudizi *a priori* dell'uomo. Ciò mostra l'uomo nelle sue fragilità, nelle sue esasperazioni e nella sua rapida esaltazione che finisce necessariamente con il rendere il rischio in termini soggettivi come un'entità evanescente ed immisurabile, quest'ultima come si vedrà qualificabile in termini d'incertezza (paragrafo 3). È per tale motivo che la qualifica soggettiva del rischio contribuisce innegabilmente anche a determinarne la sua stessa essenza che definisco essere “l'umana umanità” del rischio. Ciò al fine di sottolineare non solo come l'autore delle scelte sia l'uomo ma anche come tali scelte e decisioni siano fondamentalmente determinate da sentimenti e desideri soggettivi volti alla realizzazione di un profitto che spesso è irrealizzabile o irrealistico e che è basato su spinte emozionali, desideri e sulla transazione di opinioni. Invero, su quest'ultimo aspetto e sulla natura soggettiva del rischio prime riflessioni furono poste da Keynes, il quale nel suo famoso libro del 1936 la “*Teoria Generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*” compara il mercato finanziario a un concorso di bellezza in cui i giudici non scelgono la ragazza più bella ma la loro scelta è determinata dall'anticipare la decisione del collega di commissione. Allo stesso modo nel mercato finanziario gli investitori tendono ad anticipare le decisioni d'investimento futuro da parte di altri operatori economici così creando una tendenza di mercato che genera più domanda o più offerta a seconda del numero delle posizioni di vendita o acquisto che sono eseguite. Ne discende che il valore di uno strumento finanziario difficilmente rispecchia la realtà ma è il risultato di questo processo di transazione di posizioni ed opinioni. Per tale motivo l'elemento soggettivo del rischio rispecchia quella “umana umanità” che è inscindibilmente collegata all'uomo in genere e all'investitore in specie. Quest'ultimo non a caso a seguito di tale transazione di opinioni in cui vendere in una tendenza al rialzo equivale ad un margine è anche definito molte volte quale speculatore, dal latino antico <<*speculum*>> ovvero specchio che giustifica ancora una

volta il significato soggettivo e riflessivo del rischio così come la limitata infinitudine dell'uomo.¹⁹

Dall'altro lato specialmente oggi nei mercati finanziari si registra sempre di più l'avanzare della tecnologia per cui attualmente la classica concezione dell'*homo economicus* si è trasformata nell'identificazione dell'*homo technologicus*. Quest'ultimo è il sintomo di quel processo di innovazione tecnologica che si è registrata soprattutto a seguito della globalizzazione dei mercati finanziari dopo il crollo del sistema *Bretton Woods* negli anni '70'.²⁰ Ciò che definisco essere la "umana disumanità" del rischio intendendo con "disumana" due principali caratteristiche del mondo contemporaneo, vale a dire per prima la caratteristica di questo aspetto tecnologico che supera i confini nazionali e ne crea di virtuali, che esegue ordini di acquisto o vendita in pochi secondi alla velocità di un *click* ma pur sempre collegato all'umana fragilità dell'uomo nel compiere le proprie scelte in termini soggettivi come prima evidenziato. In secondo luogo, il termine "disumano" vale anche a stabilire che a prescindere dalla connotazione economica delle scelte fatte, nella storia del rischio e nella politica delle scelte vi sono stati governi che hanno attuato e perpetrato atti disumani in ragione di umane scelte ed opinioni circa la colonizzazione di un futuro che avrebbe dovuto assicurare progresso e futuri migliori (si pensi al regime imposto dal partito nazionalsocialista in Germania, che professava la nascita di un nuovo governo mondiale della durata minima di 1000 anni o al regime comunista in Russia, che professava l'eliminazione di ogni differenza di classe). Ciò mostra che la colonizzazione del futuro in questa storia dell'umanità, di uomini che osano sfidare Dio non è sempre un fattore positivo e come l'indefettibile ignoranza e impossibilità di prevedere ogni circostanza futura spinga a volte l'uomo al compimento di atti disumani e quindi non appartenenti all'essere umano in quanto tale. Inoltre, la "disumanità" delle scelte può anche essere, soprattutto, evidenziata in termini di responsabilità e di traslazione di quest'ultima verso soggetti indifesi e molto spesso non partecipi del processo decisionale di tali scelte rischiose.

¹⁹ D'ALVIA, *A philosophical dialogue on financial risk: the (dis)illusion of a singular meaning*, cit.

²⁰ BUCKLEY, *International Financial System: Policy and Regulation*, Londra, 2008, 3-16. In particolare, il rapido progresso tecnologico è stato identificato come uno dei principali fattori di globalizzazione dei mercati. Sul punto Buckley afferma che: <<*The level of financial integration within, and across, the international economy is high and increasing because capital is perfectly suited to a global market – it moves around the world at the touch of a keyboard, and in response to information that comes in, principally, on a computer screen*>>.

Invero, come anticipato nell'*incipit* di tale contributo la filosofia del "Volto", che è stata introdotta da Lévinas²¹ a seguito dei tragici eventi della seconda guerra mondiale ed in particolar modo a seguito delle purtroppo note vicende dell'Olocausto risente anche indirettamente – a mio avviso – di una mutata concezione del rischio in termini di responsabilità. Infatti, l'asimmetria che l'Io sperimenta di fronte al volto dell'Altro uomo in quanto uomo rappresenta indirettamente la configurazione umanistica del rischio in termini di responsabilità che l'Io deve assumersi nei confronti dell'Altro al fine di non divenire "*disumano*". Invero, il rapporto inter-relazionale tra l'Io e l'Altro è asimmetrico proprio in virtù di questo motivo, poiché è l'Io che deve proteggere l'Altro e se ne deve prender cura. Invero, in questa logica la mancata assunzione di responsabilità dell'Io nei confronti dell'Altro si tradurrebbe necessariamente in una mancata assunzione responsabile del rischio e delle potenziali conseguenze negative che derivano da tali scelte. Ecco perché di fronte ad ogni negazione dell'Altro si nasconde una necessaria negazione di assunzione di responsabilità, che si traduce a sua volta in un trasferimento della responsabilità su Altri, i quali subiscono anche le possibili conseguenze negative di tali scelte. In termini economici tale mancata assunzione di responsabilità e traslazione delle conseguenze negative sull'economia reale si è ampiamente concretizzata nella nota crisi dei *sub-prime mortgages* nel 2007 in America, che attraverso un sistema di contratti derivati ha reso possibile un trasferimento di responsabilità in termini di pagamento del debito ponendo su entità ormai fallite le destinatarie finali degli obblighi di pagamento e producendo così una crisi di liquidità e di remissione del debito. In termini di seconda guerra mondiale e di Olocausto la negazione dell'Altro si traduce in una mancata assunzione di responsabilità, ove a pagare le conseguenze delle scelte compiute da regimi totalitari furono milioni di persone identificate come "ebrei" e quindi in virtù della politica nazionalsocialista responsabili della sconfitta tedesca della prima guerra mondiale e destinatari finali di ogni conseguenza negativa.

Come si può vedere una caratteristica dell'"*umana-disumanità*" del rischio è sempre stata basata sul trasferimento di responsabilità ad ogni livello da quello economico a quello sociale e politico, ed è proprio tale trasferimento di responsabilità che deve essere evitato e condannato nel modo più efficace ovvero attraverso la cosciente assunzione della responsabilità per le scelte compiute.

²¹ LÉVINAS, cit.

3. L'incertezza

Per spiegare l'incertezza si deve prima conoscere l'essenza del rischio. Questo è il motivo per cui nella trattazione si è esposto dapprima il rischio al fine di illustrare quel carattere soggettivo, che è anche collegato al discorso dell'“umana umanità” dello stesso.

Nel linguaggio comune rischio ed incertezza appaiono sinonimi ma non sono tali in termini economici, ancorché è interessante notare che la parola cinese per rischio è “*weij-ji*”, che significa al tempo stesso pericolo e dubbio, potremmo dire rischio ed incertezza in un'unica parola. Dall'altro lato in tedesco vi è una chiara distinzione tra “*gefahr*” e “*risiko*”. Il primo significa azzardo o incertezza ed il secondo si riferisce direttamente al concetto di rischio. Invero, la parola tedesca “*risiko*” rimanda all'italiano “risicare” che significa osare. Proprio in tale accezione della parola rischio derivata dall'infinto del verbo risicare e, quindi, osare si può notare il carattere prettamente rivoluzionario del rischio. È la sfida dell'uomo contro Dio, contro i dogmi imposti dalla Chiesa e che per la prima volta vengono scardinati dall'uomo che osa sfidare Dio. In questa accezione ancora è possibile notare come il verbo “risicare” richiami direttamente quella che ho definito essere l'umana umanità o l'umana disumanità del rischio.

Si è anche visto come dal punto di vista linguistico l'incertezza sia connessa con il concetto di azzardo, dubbio, e minaccia (si pensi al termine *gefahr* in tedesco), mentre dall'altra parte il rischio è per lo più connesso ai concetti di perdita e di danno. Infatti, siamo soliti dire che prendiamo un rischio al fine di ottenere risultati positivi, sebbene siamo consapevoli che il rischio preso potrebbe trasformarsi in un danno concreto. Questo significa che il nostro atteggiamento nei confronti del rischio è quello di chi è consapevole che senza assumersi rischi non vi sarebbe alcuna possibilità di crescita (l'approccio della parola cinese *weij-ji* è esplicativa in tal senso), ma l'incertezza può essere solo sperimentata e non assunta. Questo è il motivo per cui gli uomini sono sempre stati preoccupati dal futuro corso degli eventi incerti piuttosto che degli eventi rischiosi. Per tale motivo si può affermare che il discorso sul rischio e l'incertezza è il discorso di materie complesse dove anche il contrasto tra la sfera temporale e secolarizzata della società e la parte spirituale e religiosa sono prese in considerazione.²²

²² LUHMANN, *Risk: a sociological theory*, 8. In particolare, Luhmann studia l'etimologia del rischio e afferma quanto segue: <<*The etymology of the word is unknown. Some suspect it to be Arabic in origin. In Europe the word is to be found already in medieval documents, but it spread only with the advent of the printing press, in the initial phase apparently in Italy and*

3.1. L'epistemologia dell'"irrealistica realistica" dell'incertezza

Si è visto nel paragrafo 2.1 precedente che l'epistemologia del rischio conduce necessariamente all'esistenza di un paradosso ermeneutico per cui il discorso sul rischio è il discorso su una mancata conoscenza. Invero, mentre nel rischio la mancata conoscenza del futuro si traduce in termini epistemologici nella continua tensione volta all'acquisizione di una conoscenza dell'ignoto ovvero del "*parziale*", in relazione all'incertezza la conoscenza dell'incerto si traduce direttamente nella conoscenza dell'inconoscibile ovvero dell'"*impossibile*".

Si nota perciò fin da subito che mentre in relazione al rischio vi è la generazione di un paradosso epistemologico, in relazione all'incertezza *tout court* si assiste ad una vera e propria impossibilità conoscitiva assoluta. Per questo motivo il rischio è sempre teso alla conoscenza del "*conoscibile*" e alla misurazione dei rischi categorizzati in termini di realismo ontologico seppur talvolta in termini soggettivistici di giudizi *a priori*²³, mentre nel caso dell'incertezza tale conoscenza non è neppure minimamente attualizzabile per cui la conoscenza dell'impossibile è la conoscenza dell'"*inconoscibile*".²⁴ Di qui una necessaria configurazione ontologica dell'incertezza in termini solamente oggettivi (v. paragrafo 3.2 seguente) poiché in termini soggettivi risulta unicamente sperimentabile dall'uomo ma non suscettibile di essere scelta a differenza del rischio. Tuttavia, se si pensa al rischio sia in termini oggettivi che soggettivi si noterà come il soggetto che si fa carico dei rischi sia anche consapevolmente l'autore del futuro ovvero la tendenza a proiettare le aspettative presenti nella speranza di una loro concretizzazione futura risulta essere direttamente connessa alla concretizzazione ed attuazione dell'incertezza. Per tale motivo si potrebbe parlare in relazione alla gnosi dell'incertezza in termini di "*irrealistica realistica*" dell'incertezza. Ciò al fine di sottolineare

Spain. There are no comprehensive studies on the etymology and conceptual history of the term (...). It finds significant application in the fields of navigation and trade. Maritime insurance is an early instance of planned risk control. (...) Risk calculation is clearly the secular counterpart to a repentance-minimization programme; in any case an attitude inconsistent in the temporal sequence of events: first this, then that. Thus it is at all events a calculation in terms of time. And in the difference between the religious and secular perspectives lies the tension of the well-known wager proposed by Pascal; the risk of unbelief is in any case too high, for it is salvation that is at stake. The risk of belief, that we genuflect quite unnecessarily, appears by contrast insignificant>>.

²³ Cfr. paragrafi 2.1 e 2.2.

²⁴ KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, 235 ss. Knight ricorda anche il carattere magico o la stessa concezione di fortuna che è collegata all'incertezza poiché un evento incerto è impossibile di alcuna determinazione.

come l'impossibile conoscenza dell'incerto è pur sempre destinata a trasformarsi nella possibile conoscenza dell'ignoto appena l'evento futuro ed incerto si manifesta in termini presenti e concreti, cosicché ad ogni futuro corrisponde un presente e ad ogni presente corrisponde un futuro incerto ed indeterminato in un continuo ciclo universale che risulta essere infinito.

3.2. L'ontologia dell'incertezza nei mercati finanziari

Si è visto come il rischio sia formato da una componente oggettiva ed una soggettiva. Abbiamo definito la prima quale rischio e la seconda quale incertezza nei termini delineati da Knight.²⁵

In generale il rischio può essere misurato statisticamente ma nei mercati finanziari è anche importante misurare il rischio da un punto di vista attuario. Invero, da un punto di vista puramente statistico il rischio esiste qualora sia statisticamente misurabile e le probabilità possano essere calcolate, ma da un punto di vista attuario le conseguenze economiche di tali eventi sono altrettanto importanti.²⁶

L'economia classica ha introdotto l'idea di colui che si assume il rischio in termini di *homo economicus*, ovvero l'uomo che assume decisioni in modo razionale al fine di massimizzare la propria utilità. La premessa affinché ciò si possa attuare è basata sull'aver accesso ad una informazione perfetta²⁷ dove la competizione non è rilevante e il mondo può essere descritto secondo un paradigma Newtoniano ovvero meccanico, di causa ed effetto. In tale sistema l'incertezza non ha ragione d'esistere poiché ogni soggetto ovvero ogni operatore economico possiede lo stesso livello d'informazione ed è capace di inferire le stesse informazioni dall'osservazione della realtà e di dividere il mondo in classi di rischi omogenei. Per cui ogni variabile futura può essere predetta e, quindi, anticipata. In tale sistema la statistica non gioca alcun ruolo e ogni giudizio *a priori* è irrilevante come espresso da Knight; invero se tutti i partecipanti del mercato possiedono lo stesso livello d'informazione non vi è necessità di anticipare e classificare il rischio in classi poiché ogni classe di rischio è composta da eventi omogenei, conoscibili e conosciuti.

Per tale motivo questa idea dell'economia classica è irreversibilmente mutata con l'avvento dell'*homo stocasticus* ovvero dell'uomo che prende

²⁵ Cfr. paragrafo 2.2.

²⁶ CORBY, *On Risk and Uncertainty in Modern Society*, in *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1994, 235.

²⁷ PASSET, *The Paradigm of Uncertainty*, in *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1984, 370.

decisioni in termini probabilistici ed è influenzato specialmente secondo Bernoulli dalla desiderabilità delle scelte. Poiché tali scelte in senso soggettivo, tali desideri non possono essere misurati, l'incertezza, dunque, spiega le conseguenze delle azioni umane che non sono volute e che derivano da questa ignoranza e impossibilità di conoscenza assoluta del sistema economico e della vita in generale, così da caratterizzare l'esistenza stessa dell'uomo in termini di ansia ed angoscia.²⁸

Questo significa che l'incertezza diventa una caratteristica essenziale dei moderni sistemi economici ove la competizione gioca anch'essa un ruolo importante nella costituzione dei mercati, ed inoltre l'incertezza è considerata come il principale catalizzatore di ogni profitto e della creazione di denaro.²⁹ Questa è la posizione della teoria economica neo-classica a differenza della teoria economica classica in cui l'incertezza era ridotta o addirittura eliminata attraverso un sistema di credenze dove lo "sconosciuto" diveniva "noto" attraverso l'uso di simboli, che dovevano anche ridurre l'ansia e l'angoscia umana.³⁰ L'esempio del simbolo della "mano invisibile" di Adam Smith, che è un'economista classico, è auto-esplicativo.

Per tale motivo, bisogna introdurre il soggetto ovvero l'operatore economico di oggi verso una nuova fenomenologia del mercato finanziario che tende a definire il mercato come un sistema complesso³¹ dominato dal rischio e dall'incertezza e specialmente dalla competizione in termini di innovazioni finanziarie e adattabilità del sistema. Invero, come in fisica il concetto di disorganizzazione dell'universo è misurato sotto forma di entropia, allo stesso modo l'entropia misura l'incertezza di un sistema cosicché il libero mercato appare sempre disorganizzato, ma è l'incertezza a

²⁸ KIERKEGAARD, *Timore e Tremore*, Milano, 2014.

²⁹ KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, cit., 197 ss.

³⁰ WEISSKOPF, *Reflections on Uncertainty in Economics*, in *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1984, 337.

³¹ Con il termine complesso s'intende l'adozione di un pensiero complesso che rifiuta categoricamente il paradigma Newtoniano. Invero, il mondo attuale non è più descrivibile attraverso il sistema di causa-effetto ovvero che a determinate cause corrispondono determinati effetti e *vice versa*. Questo non è più possibile poiché attualmente viviamo in una realtà in cui l'imprevisto e l'incertezza caratterizza il sistema e ciò significa che a determinate cause molte volte non corrispondono gli effetti programmati o desiderati. La fisica meccanica fa spazio alla fisica termodinamica. Sul punto vi è anche da distinguere tra complessità e sistemi complicati. Invero, i due non sono sinonimi e devono essere distinti in quanto la complessità riguarda la complessità di un sistema in cui il tutto è non solo la somma delle parti ma la somma delle interazioni di ogni parte con l'altra. Cosicché è possibile distinguere una proprietà unica di emergenza del sistema (HOLLAND, *Complexity: a very short introduction*, Oxford, 2014, 4).

produrre competizione che è il meccanismo attraverso il quale si può raggiungere l'equilibrio del sistema. Per continuare l'analogia con la fisica si potrebbe dire che i sistemi complessi siano stati introdotti dalla termodinamica, che per la prima volta ha preso in considerazione una struttura dissipativa in cui <<*a movement towards greater complexity (...) can be created spontaneously under the impulse of energies that are sufficiently powerful to push a system away from the areas of Boltzmann's equilibrium thermodynamics*>>. ³²

Questo significa che nella fenomenologia dei mercati finanziari non vi è posto per un'autorità centrale di controllo e gestione del rischio e di creazione dell'ordine del sistema economico. Invero, è la competizione, che promuove questo ruolo di de-centralizzazione del potere. Se questa immagine è trasposta in termini più generali all'intera economia, si può vedere come l'imprenditore, che assume su di sé il rischio d'impresa e adatta il suo comportamento e le sue azioni in termini di innovazioni finanziarie, ciò vale a qualificarlo come autore e gestore dell'ordine del sistema attraverso l'assunzione della responsabilità delle proprie azioni che contribuisce a sua volta a generare denaro, profitto e progresso. Ciò poiché l'assorbimento dell'incertezza del sistema avviene attraverso l'assunzione responsabile del rischio. ³³

Questa è l'ontologia dell'incertezza ovvero la sua essenza richiama questo concetto di assunzione del rischio al fine di assorbire seppur parzialmente gli effetti imprevedibili dell'incertezza ed in termini generali per mitigare lo stato d'angoscia in cui l'uomo è posto fin dal momento della nascita secondo il postulato esistenzialista di Kierkegaard.

4. Il mercato finanziario come modello teorico

Il mercato finanziario è il luogo ove sussiste una costante relazione tra coloro che possiedono il capitale e coloro che ne sono privi ma sono disposti a chiederlo in prestito ai primi. Si potrebbero anche definire in termini meno "classisti" come risparmiatori ed utilizzatori del capitale (in inglese *savers* e *users* che corrispondono ai relativi *lenders* e *borrowers*). ³⁴Tale concezione del mercato è estremamente ampia e non fa riferimento ad alcun mercato particolare (ad esempio il mercato dei prestiti obbligazionari o delle azioni,

³² PASSET, *The Paradigm of Uncertainty*, cit., 375.

³³ KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, cit., 197 ss.

³⁴ VALDEZ, MOLYNEUX, *An introduction to global financial markets*, Londra, 2016, 2.

etc.). Invero, in entrambe le categorie (vale a dire *lender* e *borrower*³⁵) troviamo individui, società e governi che hanno fondi da investire nelle attività di altrettanti individui, società e governi. Specificamente, un *lender* può diventare un *borrower* e *vice versa*, infatti se si pensa a un cliente che apre un conto deposito in banca in tale momento diventa un prestatore di denaro nei confronti della banca, che è qualificabile come *borrower*. Invero, se ipoteticamente il cliente volesse richiedere successivamente tutto il denaro depositato, la banca teoricamente non potrebbe opporsi in quanto debitrice. Tuttavia, la stessa banca che in questo esempio è il *borrower*, è destinata a diventare il *lender* di domani ovvero si pensi alla banca che appena ricevuto il deposito di denaro dal proprio cliente riutilizzi tale denaro come prestito ad una società terza. In questo modo la banca assume la veste, questa volta, di *lender* e così via. Questa possibilità di scambio vicendevole dei ruoli tra *lender* e *borrower* è il fulcro principale di funzionamento del mercato finanziario.

Invero, l'obiettivo principale di un sano mercato finanziario è quello di allocare in modo più efficiente possibile le risorse economiche per tale motivo troviamo sul mercato due opposti interessi quelli del *lender* – da una parte – che è in una situazione d'eccesso di risorse e quelli del *borrower* – dall'altra – che è in una situazione di mancanza di risorse. Da questi due interessi in tensione nasce il meccanismo del libero mercato che è basato sul soddisfare le esigenze di ogni differente gruppo di interessi.

Inoltre, a tale meccanismo di mercato che è riprodotto in innumerevoli mercati nazionali si accosta l'esistenza di un "mercato internazionale" ove non vi sono confini nazionali ed, invero, l'attività di esportazione dei capitali può contribuire all'aumento di liquidità e al progresso nei paesi in cui il capitale è destinato. In breve, successivamente all'eliminazione dei rapporti di cambio fissi tra valute del sistema *Bretton Woods* che nel 1970 è stata implementata dal presidente americano Nixon, si assiste ad un processo di "privatizzazione" del rischio finanziario. Invero, nel sistema originario *Bretton Woods*, che si era stabilito nel 1944 si prevedeva che la quota che ogni Stato membro del Fondo Monetario Internazionale si obbligava a pagare allo stesso fosse costituita almeno per il 25% da dollari americani o in oro mentre il restante sarebbe stato pagato nella valuta nazionale di ciascun Stato membro. Questo fatto obbligava le banche di ogni Stato membro a fissare un tasso di cambio a un valore fisso rispetto al dollaro, che veniva così eletto a valuta principale ed inoltre ciascuna banca tendeva a preservare

³⁵ Il termine *borrower* è ampio e può comprendere ad esempio individui singoli risparmiatori che necessitano di prestiti bancari, società che hanno bisogno di prestiti etc.

un livello di riserve monetarie sufficiente ad intervenire in scelte di politica monetaria riguardo alla vendita o all'acquisto di dollari sul proprio mercato nazionale al fine di garantire un tasso di cambio fisso. Per tale motivo successivamente alla caduta di tale sistema avvenuta nel 1970, le banche hanno iniziato ad implementare strategie di *hedging* ovvero protezione al fine di diversificare il loro portafoglio d'investimenti ed iniziare ad investire in prodotti finanziari non solo nazionali ma soprattutto internazionali. Conseguentemente i governi hanno proposto politiche di deregolamentazione dei mercati e di liberalizzazione tese a consentire alle stesse banche il mantenimento di tali politiche di diversificazione. È da questo momento in poi che si può assistere ad una "globalizzazione" dei mercati finanziari ai quali il concetto di spazio e tempo non può essere applicato poiché non hanno confini nazionali ed alcuni di essi sono operativi 24h su 24h (si veda ad esempio il *Forex* come mercato delle valute).

Per tale motivo questa "privatizzazione" del rischio finanziario ha nel tempo contribuito alla c.d. "socializzazione" del rischio attraverso piani di salvataggio delle banche (c.d. *bail-out*) ed ha reso, conseguentemente, i mercati finanziari più permeabili al rischio sistemico ed endemico del sistema economico.³⁶

4.1 Rischio ed incertezza nei mercati

Si è visto come il rischio abbia significati oggettivi e soggettivi (Cfr. paragrafo 2) ma quale ruolo gioca il rischio all'interno dei mercati finanziari? In effetti nel precedente paragrafo 4 si è introdotto il meccanismo dei mercati come luogo in cui differenti esigenze ed interessi s'incontrano per il fine comune di dare attuazione all'efficienza del sistema economico. Eppure tale mondo che sembrerebbe teoricamente perfetto risente di una diversa concezione del rischio per ciascuna categoria di interessi, vale a dire che di fronte al *lender* vi è un *borrower* con una differente concezione del rischio, nonché di una inevitabile asimmetria informativa ed azzardo morale, che rende il sistema economico necessariamente destinato a fallire.

Invero, l'obiettivo principale di un *lender* ovvero di colui che ha un'eccedenza delle risorse economiche è di restare avverso al rischio e ciò tramite la valutazione di solvibilità del *borrower* (in questo senso si potrebbe dire che il tasso d'interesse non è altro che il prezzo del livello di rischio che

³⁶ MARAUHN, 'Introduction: the regulatory dilemma in international financial relations', in Grote and Marauhn (eds.) *The Regulation of International Financial Markets: Perspectives for Reform*, Cambridge, 2006, 6.

il prestatore ovvero il *lender* si assume³⁷). Dall'altro lato vi è un soggetto che richiede il prestito poiché è in assenza o mancanza di fondi necessari e di risorse (*borrower*), questo è visto come un operatore economico aggressivo sul mercato che persegue una massimizzazione dei profitti attraverso attività rischiose (quali l'emissione di nuove azioni in un'offerta pubblica d'acquisto ovvero la costituzione di una nuova società, etc.). Le interazioni tra queste due categorie di soggetti economici (*lender* e *borrower*) sono poi facilitate dagli intermediari finanziari (quali banche d'affari, *hedge funds*, fondi comuni, etc.) che tradizionalmente svolgono la funzione di mitigare il rischio d'investimento del *lender* assorbendolo (si pensi ad esempio all'acquisto delle nuove azioni invendute nel caso di un *initial public offer*, etc.). Per tale motivo la valutazione del rischio che il *lender* si assume è fondamentale al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato. In quest'ottica la crisi Americana del 2007 può essere interpretata come un'eccessiva fiducia riposta dagli investitori (*lenders*) nei confronti degli speculatori (*borrowers*).

Per tale motivo la definizione ed i concetti di gestione del rischio, rischio finanziario e rischio d'investimento sono essenziali al fine di garantire un corretto funzionamento del mercato finanziario. Inoltre, il rischio finanziario poiché riguardante il rischio è sociologicamente il mezzo attraverso il quale il futuro può essere colonizzato secondo Giddens³⁸, ma il suo funzionamento all'interno dei mercati finanziari è limitato da una conoscenza imperfetta e dalla selezione avversa che si registra nei mercati, per tale motivo vi è sempre un elemento di indeterminatezza della realtà.

Il meccanismo dell'incertezza, come si è visto nel terzo paragrafo, è collegato alla dimensione soggettiva del rischio che è anche definita come "*Knightian uncertainty*", tuttavia successivamente a Knight l'incertezza è stata approfondita in relazione al mercato finanziario da Jack Guttentag e Richard Herring.³⁹ Gli Autori parlano di "miopia disastrosa" o "*disaster myopia*" per identificare quel fenomeno attraverso il quale gli intermediari finanziari sottovalutano la possibilità del verificarsi di *shock* finanziari ovvero la probabilità di fallimento del sistema. Ciò poiché a prescindere dal modello di valutazione e gestione del rischio che è stato adottato, il fallimento è costituito

³⁷ Tale livello di rischio è più alto in caso di individui ed è minore in caso di aziende ben conosciute e note sul mercato fino ad arrivare ad una esigua quantità di rischio assunto in caso di prestito a Governi di nazioni importanti ed economicamente forti. Per tale motivo il tasso di interesse sarà sempre minore a seconda del soggetto che richiede il prestito.

³⁸ GIDDENS, *Modernity and Self-identity*, 114.

³⁹ GUTTENTAG, HERRING, *Disaster Myopia in International Banking*, in *Essays in International Finance*, 1986.

da eventi incerti che non possono essere misurati a differenza del rischio e, quindi, la loro intellegibilità è limitata a causa di una mancata conoscenza e per via del fatto che sia intermediari finanziari che investitori hanno un accesso limitato alle informazioni. In altre parole, la loro capacità di anticipare e predire il possibile fallimento del mercato è imperfetta, e, quindi, allo stesso modo il valore degli strumenti finanziari non solo è relativo ma non rifletterà mai il costo intrinseco del possibile fallimento futuro del sistema. Cosicché si tenderà a sopravvalutare il valore di uno strumento finanziario ovvero a sottovalutarlo falsando così il suo vero valore reale.

Per tale motivo se la soggettività del rischio finanziario è, quindi, intellegibile ma non conoscibile in virtù del carattere necessariamente inconoscibile del futuro, quest'ultimo non può più essere considerato come un'opportunità, ma come un'entità da controllare e di cui essere impauriti. Invero, sembra che dal fallimento *Lehman Brothers* del 2008 e l'inizio di una delle più grandi crisi economiche della storia, il paradigma dell'"*aversione all'incertezza*" abbia dominato il mercato, ancorché la corretta misurazione e fissazione del costo del rischio nel suo aspetto oggettivo resta uno strumento vitale per governare i mercati. Ne consegue che la figura dell'investitore ovvero del *lender* si è tramutata nella figura dello speculatore ovvero del *borrower*, che è il principale responsabile della crisi finanziaria se si accoglie la tesi per cui intermediari finanziari, banche d'affari, e autorità di controllo dei mercati finanziari non possono essere biasimati essendo parte del discorso della "*miopia disastrosa*".

Ciononostante la giustificazione del paradigma dell'aversione all'incertezza resta controverso, invero se secondo Knight il profitto è connesso all'incertezza allora sistemi complessi quali quelli del mercato finanziario non potrebbero esistere senza incertezza. Senza incertezza, non vi è profitto. Infatti, ogni processo di creazione del denaro piuttosto che essere indebolito dall'incertezza, è rafforzato. Ne discende che una nuova economia caratterizzata dal paradigma dell'aversione all'incertezza come è quello proposto oggi da governi e autorità di controllo del mercato può essere trasformato in una diminuzione, se non completa eliminazione del profitto. Invero, secondo Knight:

<<the only "risk" which leads to a profit is a unique uncertainty resulting from an exercise of ultimate responsibility which in its very nature cannot be insured nor capitalized nor salaried. Profit arises out of the inherent, absolute unpredictability of things, out of the sheer brute fact that the results of human activity cannot be anticipated and then only in so far as even a probability calculation in regard to them is impossible and meaningless. The receipt of profit in a particular case may be argued to be the result of superior judgment.

But it is judgement of judgment, especially one's own judgment, and in an individual case there is no way of telling good judgement from good luck, and a succession of cases sufficient to evaluate the judgement or determine its probable value transforms the profit into a wage>>>⁴⁰

Questo è il paradosso delle moderne democrazie occidentali. Da una parte, condannano l'incertezza a causa della soggettività delle decisioni prese dallo speculatore sul mercato e per il carattere misterioso dell'incertezza che impedisce una sua corretta misurazione, e dall'altra parte propongono l'eliminazione o diminuzione dell'incertezza che comporterebbe necessariamente una riduzione della competizione di mercato e, quindi, una riduzione o eliminazione del progresso delle innovazioni finanziarie e di conseguenza dei profitti. Senza incertezza non vi è competizione e senza competizione non vi è adattabilità del sistema finanziario. Invero, sembra che in questa contemporanea fenomenologia dei mercati finanziari il mercato stesso possa beneficiare del ritrovamento di un ordine “*spontaneo*” ovvero “*auto-poeitico*” permettendo il funzionamento dei mercati finanziari al di là di dubbi legislativi e di regolamentazione finanziaria. Tale meccanismo auto-poeitico potrà solamente essere attuato attraverso il riconoscimento del carattere fondante dell'incertezza all'interno dei mercati finanziari.

5. Conclusioni

Come si è visto dall'originario sistema di *Bretton Woods* fino alla recente crisi finanziaria iniziata in America nel 2007, la globalizzazione dei mercati finanziari è stata prodotta dalla “*privatizzazione*” e conseguente “*socializzazione*” del rischio finanziario. Invero, tale contributo ha voluto per la prima volta dopo Knight e Keynes re-interpretare l'ontologia ed epistemologia del rischio e dell'incertezza in ambito economico ma anche con riflessioni puramente filosofiche volte alla configurazione di una vera e propria ontologia dell'essere di tali concetti.

Mentre per Knight il rischio è un'entità misurabile, per Keynes risulta essere un'aspettativa dell'investitore volta a far sì che le sue speranze di profitto si concretizzino in futuro. Per entrambi il rischio è così connesso ad una possibile e desiderata oggettivizzazione del futuro, che è a sua volta immutabilmente incerto. Per tale motivo di fronte alla *vexata quaestio* della futura esistenza

⁴⁰ KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, cit., 310-311.

dell'uomo troviamo una nuova oggettivizzazione in termini economici del futuro in cui l'incertezza non solo è irrinunciabilmente connessa al profitto ma anche al progresso e sviluppo di "umane" o talvolta "disumane" società del rischio. Invero, quella del rischio come si è visto è una storia umana e dell'umanità che ripercorre le debolezze ed esaltazioni dell'uomo verso la progettazione di futuri irrealizzabili. Per tale motivo si è definita l'ontologia del rischio in termini di "*umana umanità*" ed "*umana disumanità*" al fine di cogliere tale caratteristica di soggettiva fragilità in cui non solo l'uomo è l'autore delle proprie scelte ma anche il responsabile delle stesse. Proprio tale concetto di responsabilità ci riporta alla teorizzazione di Knight dell'incertezza. Invero, in un sistema economico che sembra destinato a rigettare l'incertezza secondo un paradigma che può essere definito quale "*aversione all'incertezza*", quest'ultima, invece, rappresenta il carattere fondante dell'intero sistema economico. Senza incertezza non vi è profitto e senza profitto non vi è progresso, cosicché una diminuzione o una stessa tendenza all'eliminazione dell'incertezza si può tradurre irreversibilmente in una riduzione o eliminazione del profitto. Invero, il parametro di giustificazione del nuovo ruolo che l'incertezza gioca nei mercati finanziari deve essere letto attraverso una re-interpretazione non solo dell'ontologia dell'incertezza stessa (Cfr. paragrafo 3) ma anche dei mercati in termini di sistemi complessi ove la loro stessa complessità non è sintomo di disordine o caos ma di un ordine entropico che tende alla rigenerazione del sistema stesso. Tale meccanismo rigenerativo o auto-poetico è naturale e spontaneo appartenente a tutti i sistemi auto-poetici che si trovano presenti anche in natura seppur con caratteristiche differenti. Perciò, se si ammette che i mercati finanziari siano sistemi complessi la rigenerazione del sistema avverrà attraverso lo spontaneo meccanismo di creazione del profitto che è messo in moto dall'incertezza dei mercati, dalla valutazione del rischio in termini statistici ed oggettivi e dalla competizione che si genererà tra gli operatori economici tale da creare a sua volta innovazioni finanziarie tendenti a generare profitti. Da questo riconoscimento del nuovo ruolo dell'incertezza dei mercati e dei benefici della volatilità delle posizioni finanziarie si spera che l'uomo possa partecipare ai benefici endemici di tale meccanismo auto-poetico senza affrettare le sue scelte verso l'oggettivizzazione di irrealistiche aspettative di profitto o verso il disegno di futuri immaginari.

EL PRIMER EJE DEL PODER PRESIDENCIAL EN MÉXICO. UN FEDERALISMO CENTRALIZADOR¹

Francisco Tortolero Cervantes

*Ricercatore nell'Università Nacional Autónoma de México,
Città del Messico*

Il Messico è uno Stato federale fin dalla sua prima Costituzione, nel 1824. Tuttavia, questa classificazione è stata più formale che effettiva. Non si è mai smesso di concentrare poteri nella federazione, non tanto per avere governi efficienti, quanto per conservare lo *status quo*. Tanto a livello federale quanto a quello locale, la lotta politica e costituzionale non mirava all'uguaglianza dei diritti bensì alla ripartizione dei privilegi tra le élites. Il potere del Presidente della Repubblica continua a condizionare il funzionamento dei tre poteri a livello statale. La sfiducia nelle istituzioni locali fa sì che i meccanismi federali non riescano a controllare le autorità locali. Dal 2000, la rotazione dei partiti alla Presidenza ha comportato un aumento delle risorse dei governi locali, ma davvero pochi pesi e contrappesi. Sebbene forse, l'unica democratizzazione effettiva possa arrivare dagli Stati, attraverso la nascita di governi responsabili più vicini al cittadino.

Mexico has been a federation since its first constitution was promulgated, in 1824. Nevertheless, such a legal category has been formal rather than functional. Centralizing powers on the federal layers looks upon maintaining the status quo rather than the achievement of a good governance. Political and constitutional struggle, both state and federal, do not seek for the equality of rights, but for sharing privileges among the elites. The powers of the president are still determinant according to the functioning of the three branches of state governments. Distrust upon local agents turns federal mechanisms useless while controlling state authorities. Since 2000, rotation of parties at the presidency meant increasing revenues for states, but very few checks and balances. Even though, the only effective democratization may come from states, through the establishment of responsible rule at a proximity level upon the citizens.

Sommario:

1. Introducción
2. Una historia remota: los primeros desarrollos
 - 2.1. El difícil nacimiento de una federación
 - 2.2. Un modelo que nace con serias limitaciones
 - 2.3. Pero al final, se impone el postulado federal
3. Una historia reciente: la Constitución de 1917, hoy
 - 3.1. Predominio de la parte estática del federalismo; su flexibilización
 - 3.2. La subutilizada parte dinámica del federalismo mexicano
 - 3.3. La disfunción del federalismo mexicano actual
4. Reflexiones finales

¹ Quiero agradecer a los colegas del Dipartimento di Studi aziendali e giuridici e la Universidad de Siena por el interesante debate que tuvo lugar en el seminario del 25 de septiembre del año pasado organizado por Tania Groppi.

1. Introducción

En términos evolutivos, el sistema de gobierno en México no deja de avanzar como movimiento policéntrico o poliárquico (en términos de Robert Dahl), a la vez federal y presidencial; con un nodo central que coordina las partes integrantes, funcionando *en red*². Esta red es la que establece relaciones con el conjunto. Como consecuencia de lo anterior, la esfera federal y la local se complementan, de acuerdo a la actividad impulsada por un Presidente de la República, actuando frente a 32 gobernadores. Donde la segunda esfera (subnacional) no debe ser vista como subordinada a la primera. Una se coordina con la otra; aunque en ocasiones, como en cualquier federación, compite con ella.

Sabemos que mientras las sociedades se vuelven complejas por virtud de fenómenos como la migración o la multiculturalidad; donde se generan disparidades entre estados ricos y pobres; donde los intereses de todos los individuos parecen traslapados, surge el federalismo como esquema que garantiza una más amplia unidad y confianza respecto del pacto que mantiene integradas a todas las partes de un conjunto territorial. La pluralidad hace la fuerza.

Pero la cooperación no siempre ha sido posible; las pugnas por sentirse excluidos en el reparto de recursos y competencias podrían derivar un efecto divergente a la cooperación: el conflicto. Es en esta parte en la que los mexicanos no hemos sido capaces de conciliar al sistema presidencial con el esquema federal.

El esquema federal en el contexto mexicano actual, aunque normativamente, pretenda instaurar ingredientes para la cooperación (como los del federalismo fiscal), tampoco es que haya apuntalado un funcionamiento competitivo eficiente de su reparto competencial. Más bien diremos que la herramienta federal ha sido debilitada por acciones y por omisiones de los poderes.

Presentado hace un siglo como postulado constitucional de la unidad de un país tan plural³, el federalismo mexicano aparece hoy como una simple

² DAHL, *La Poliarquía*, en AA.VV., *Diez textos básicos de Ciencia Política*, Madrid, 2014, 79.

³ «El federalismo fue el leve hilo que mantuvo unido lo que se estaba disgregando; sin él, nuestro rostro habría sido bien distinto. Y cuando en la larga sociedad fluctuante prescindimos del federalismo, la historia nos fue adversa», REYES HEROLE, *El liberalismo mexicano*, México, 1974, 335-414.

formalidad que esconde la concentración de atribuciones en la Federación; léase, en su Ejecutivo.

Este trabajo describe el primero de dos integrantes del sistema constitucional que se supone, habrían sido diseñados para mejorar la separación de poderes, pero que apuntan a generar un mayor predominio del Presidente de la República. Nos referimos en primer lugar a un federalismo paradójicamente centralizador.

Atendiendo a sus potencialidades institucionales, la herramienta federal podría aportar soluciones para hacer más equitativo el reparto de recursos, funciones y responsabilidades entre las tres esferas territoriales con las que, históricamente, los primeros mexicanos se dieron a la tarea de dividir el poder, entre la federación, los estados y los municipios (1). Dos siglos más tarde, los actores políticos de esta generación han actuado en dirección contraria, con mayor intensidad desde hace dos décadas, usando al postulado federal para ampliar la opacidad de los poderes federales, creando espacios de irresponsabilidad política a nivel subnacional (2)⁴.

2. Una historia remota: los primeros desarrollos

El primer federalismo de México contrasta con otros federalismos, como el norteamericano, surgido de negociaciones y cesiones entre partes desiguales de un todo. Como unidad celular, los primeros intentos de federación surgieron, en México, a final de la guerra de independencia contra España, en los 1820's, cuando se pretendió dar vida a un *pacto entre socios desiguales* que se asociaban para hacerse fuertes.

2.1. El difícil nacimiento de una federación

Durante los tres siglos que la Corona española gobernó la Nueva España, se habían ido instalando unidades administrativas en los territorios, como Capitanías y Diputaciones Provinciales, que pocas décadas antes de la independencia se transformaron en Intendencias⁵ (todos estos esquemas, operados bajo una lógica centralista).

⁴ GÁMIZ PARRAL, *Derecho Constitucional y administrativo de las entidades federativas*, México, 2003, 336-337.

⁵ Estas *intendencias* habían sido creadas como una esfera intermedia, para centralizar el mando en las Provincias. Como mecanismos de reparto de atribuciones en esferas concéntricas de territorio, pudieron ser útiles para encontrar soluciones institucionales para

Lo cierto es que los criollos novohispanos se separaron del esquema simbiótico, concebido por Johannes Althusius en los 1600's⁶. Al final, nuestros pactos confederados de los orígenes no incluyeron a tribus que buscaban una ley común.

La ley común la habíamos encontrado durante el período colonial en las Leyes de Indias. Y las tribus conformadas por los antiguos pobladores (mexicas, tlaxcaltecas, otomíes e infinidad de otras etnias) habían sido absorbidas por el mestizaje y la evangelización. Una sociedad dividida en castas, gobernada en provincias virreynales, cuyas autoridades estaban conformadas por administradores profesionales (que contrariamente a lo que se piensa, eran bastante experimentados). Pero los puestos superiores eran reservados a los nacidos en España⁷. Casi todos estos funcionarios, con capacidad de gestión probada en la metrópoli y en otras colonias, ejercían sus tareas (representando al imperio español), desapegados de los intereses de los pobladores que gobernaban⁸, al no existir mecanismos de representación en las colonias.

Cuando establecimos en 1824 nuestra primera constitución como país independiente, la búsqueda de legitimidad implicaba que la soberanía fuera atribuida a cada parte del territorio, si bien, la dificultad de dar solidez al pacto constitucional consistía en lograr que todas sus partes terminaran ligadas uniformemente.

Pero no volteamos a ver el modelo simbiótico de Althusius: ni defendimos la tolerancia religiosa (estableciendo como religión oficial la

este joven país, en BARCELÓ ROJAS, *Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano*, México, 2016, 20.

⁶ De su *Politica Methodice Digesta*, publicada en 1603, en ELAZAR, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, 1987, 1-79.

⁷ La tesis del centralismo colonial novohispano, supuestamente impuesto por España durante tres siglos, encuentra argumentos en contra. Recientemente, se ha afirmado que el esquema federal de la Constitución de 1824, corresponde a formas de reparto territorial que existieron en distintos territorios de la América española, en PORTILLO - LORENTE, *Pueblos, Nación, Constitución: en torno a 1812*, Vitoria, 2004.

⁸ No es casualidad que el primer intento de crear una Constitución para los habitantes de la América española, ocurriera después que Napoleón I invadiera la península ibérica en 1808; acaso por influencia de la constituyente formada por delegados americanos que asistieron ese mismo año a sesionar en Bayona. El texto francés tuvo, por primera vez, la intención de reconocer derechos en sentido constitucional; aunque no tuvo fuerza legal. Por su parte, los españoles tardaron 4 años más en materializar otro proceso constituyente en Cádiz; si bien, el texto aprobado al final, no tuvo implicaciones mayores en territorio mexicano, SERRANO MIGALLÓN, *La vida constitucional de México*, (vol. Constituciones Impuestas), México, 2007, 147-173.

católica), ni entendimos la idea de “asociación” como acuerdo entre ciudadanos o “simbiontes” movidos a pertenecer a un pacto social⁹. Por virtud de ese pacto, la voluntad individual tendría que proyectarse más allá de los individuos, hacia la comunidad.

En un segundo plano, tampoco quisimos aproximarnos al modelo federal de los Estados Unidos, que logró implantar la homogeneidad de trato a los individuos de los estados que conformaban la Unión. No vimos que la joven república que nacía al norte de nuestras fronteras, rechazaba el viejo corporativismo monárquico, basándose en el rechazo al privilegio. Las trece colonias norteamericanas generaron un sentido de pertenencia muy enraizado en la construcción de un mundo nuevo¹⁰. En cambio, los mexicanos de hace dos siglos quisieron prolongar las condiciones del viejo mundo monárquico. Ajenos a la igualdad de trato, las élites criollas buscaban formar parte de la casta gobernante, formada desde los 1530's por los nacidos en España¹¹. Tres siglos después, habiendo logrado la independencia y en busca de un esquema constitucional, el anhelo de tales élites recién independizadas no se identificaba con la igualdad republicana, sino con el privilegio monárquico.

Esto explica las diferencias notables de instalación del modelo federal al norte y al sur de la América española. Al romper con el lazo colonial y redactar una Constitución, la Convención de Filadelfia logró dejar en un segundo plano la soberanía nacional, planteando en su lugar el reparto consensual de competencias como clave de la unión. La pregunta *¿Quién manda?* (la nación) se transformaba en *¿Quién tiene la autoridad para hacer qué?* (la federación o un estado). La respuesta norteamericana a esta pregunta, quedaría confiada a la lógica de los poderes exclusivos de los

⁹ Carl Friedrich recuerda que la relación simbiótica fue concebida por Althusius para garantizar la libertad individual, entre quienes tienen necesidades semejantes. El reparto desigual de dones a los individuos se vería compensada. Por eso, la asociación alejaba a la comunidad del riesgo de tiranía, pues resultaría más sencillo construir una célula (social) desde la unidad más pequeña del auto-gobierno. En FRIEDRICH, “Preface”, en *The politics of Johannes Althusius*, London, 1964.

¹⁰ Los artículos de la Confederación (1781) ya expresaban aquello que Madison describiría como «una Revolución sin comparación en los anales de la humanidad», a saber, que varios estados capaces de retener su soberanía, libertad e independencia, pudieran crear un gobierno federal separado, haciendo un primer avance en la dirección de formar un gobierno de individuos. Cada ciudadano, en cada estado, compartía los privilegios e inmunidades de los ciudadanos libres de los otros estados. De esta forma, la Confederación abrazaba la noción de *Consociatio* de Althusius, FRIEDRICH, *Trends of Federalism in Theory and in Practice*, New York, 1968, 15.

¹¹ O'GORMAN, *La invención de América*, México, 1992.

estados; siendo los de la federación, reservados por excepción. Lo anterior, con base en una incipiente noción de subsidiariedad, que refiere a la instancia más eficiente, por ser la mejor situada frente al problema. Así, al firmar el pacto federal, los nuevos Estados de la Unión Americana manifestaban unirse con propósitos comunes, pero conservando la autonomía para actuar en cuestiones que consideraban irreductibles.

El federalismo de los norteamericanos se convertía en una herramienta para garantizar la integración política. Que se anunciaba como ideal para lograr la pacificación en países como México, donde conflictos armados se produjeron a lo largo del territorio; desde el final de la guerra de independencia y prácticamente durante todo el siglo XIX. Pero incluso, hasta la primera mitad del XX.

La lucha de los mexicanos por establecer el sistema federal ha sido ligada, históricamente, a las pugnas entre conservadores y liberales. Donde no obstante el predominio que al final lograron los segundos (partidarios de desterrar todo signo monárquico y unitario), nunca se pudo erigir al federalismo como mecanismo funcional.

La dictadura de Porfirio Díaz, que funcionó bajo el marco formal de la Constitución de 1857 (también de corte federal), tampoco aseguró el reparto responsable de competencias entre niveles de gobierno.

Y tras el triunfo de la Revolución y el exilio del dictador, los constituyentes de 1917 seguían confiando que esta herramienta podía solucionar muchas de nuestras marcadas diferencias regionales. Sin embargo, tampoco fuimos capaces de entender el sentido de la subsidiariedad. Los presidentes, herederos de la Revolución Mexicana, basaron su poder en el predominio de la federación sobre los estados. Y la falta de ruptura de los desequilibrios derivó en nuevos conflictos y tensiones sociales.

Si la Revolución mexicana estalló en 1910 contra la concentración de riquezas y privilegios, la densidad de los problemas regionales se fue acentuando a lo largo de las décadas siguientes: clivajes étnicos, religiosos, ideológicos y de clase siguieron aflorando. Como pocos de estos clivajes podían ser conciliados por vías simples de compromiso político, el federalismo se seguía presentando como un mecanismo de pacificación institucional, que contribuiría a hacer realidad las promesas de igualdad contenidas en la nueva Constitución. Cien años más tarde, seguimos esperando que la herramienta federal logre ser útil para construir gobiernos responsables a los distintos niveles de gobierno.

2.2. Un modelo que nace con serias limitaciones

Los países federales encuentran su razón de ser en la gestión de la diversidad. México enfrentó movimientos separatistas, por solo mencionar al estado de Yucatán, que entre 1841 y 1848 logró escindirse de la nación mexicana. Aquel intento (a la postre, fallido)¹², sirvió para demostrar las virtudes del pacto federal como arreglo que beneficia a las partes de un todo. Aquello que ya identificaba Althusius, que en biología se conoce como *simbiosis*.

Pero nuestro *proceso federal* (federalizing process) no fue suficientemente renovado con la aparición de la Constitución de 1917. Pero fue durante el siglo XX y no antes, que se empezó a generar una tensión entre el poder federal y los poderes locales en México: estados que empezaron a pedir más recursos y prerrogativas, pero menos responsabilidades¹³.

La pugna por devolver competencias a los estados y municipios se extendió durante décadas¹⁴. Reformas constitucionales y legales demuestran que la bandera federal refleja esta pugna constante por reforzar los poderes de las autoridades centrales. Lo cierto es que este esquema de reparto competencial cobra relevancia a partir del momento en que se convierte en una herramienta útil para la toma de decisiones.

La otra parte de la herramienta toca a los individuos. Como si éstos estuvieran sometidos a dos ámbitos de gobierno: uno local y otro federal, cuyos ordenes se entienden distintos pero coordinados; donde el gobierno subnacional es la regla, el federal, la excepción¹⁵. Pero en México, también dejamos de entender el postulado federal en su acepción *dualista*, que dominó en Estados Unidos durante la primera mitad del siglo XIX, imponiendo una separación tajante de atribuciones entre la federación y los estados. Para lograr ser visto como una herramienta *cooperativa*; adaptable y útil para ir determinando la mejor fórmula de asignación de tareas, fue necesario concebir al federalismo en términos de proceso garantizado por la constitución¹⁶. Así, el reparto del poder territorial en un esquema federal

¹² CAMPOS, *Que los yucatecos todos proclamen su independencia (Historia del secesionismo en Yucatán: 1821-1849)*, Mérida, 2013.

¹³ LA PERGOLA, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994, 27.

¹⁴ BARRAGÁN, *Introducción al Federalismo. La formación de los poderes en 1824*, México, 1978.

¹⁵ WHEARE, *Federal Government*, New York, 1964.

¹⁶ BURGESS, *In search of the Federal spirit*, Oxford, 2012.

debe ser el resultado de las realidades de cada región, sumado a la negociación política¹⁷. De ahí que tenga que ser, por definición, flexible.

Al ser un proceso constante de experimentación, el federalismo es dinámico: tiende a reinventarse a cada momento. Y esto es lo que debiera estar ocurriendo en México para volverse un mecanismo eficaz de reparto competencial.

De la capacidad que pueden tener los actores para transigir con las instancias centrales al momento de repartir el presupuesto; atraer inversión privada; obtener fondos para infraestructura, se desprendería la necesidad de entender el federalismo en un cruce ideal entre el derecho y la política¹⁸. Su objeto consiste en conciliar al conjunto de organizaciones y ordenamientos jurídicos estatales, en una relación de ida y de vuelta¹⁹ (de la periferia hacia el centro). Y sin embargo, no todo en el proceso federal es conciliación. La negociación debe tener un límite, así como mecanismos para solucionar los conflictos que se deriven de las diferencias entre ámbitos de gobierno.

Es por lo anterior que la estructura estatal debe garantizar mecanismos arbitrales, con los cuales sea posible reaccionar ante la posible violación de un ámbito de competencias frente al otro. Derivado de la flexibilidad normativa para asignar competencias a las diferentes esferas territoriales, los arbitrajes (ya no solo políticos, sino también jurisdiccionales) se vuelven fundamentales, sin importar si se trata de estados unitarios o federales²⁰. En México, la primera etapa de esa distribución fue impulsada por autoridades políticas, como el Presidente de la República o el Senado, quienes

¹⁷ Para los politólogos, el federalismo parecería un proceso dinámico, mientras que para los juristas, se entiende como estructura normativa estática de distribución de competencias. Aunque nos parezca mejor entenderlo simultáneamente, como proceso (evolutivo) y como estructura (flexible), LA PERGOLA, *Nuevos Senderos del Federalismo*, cit., 15.

¹⁸ Durante las pasadas décadas, el federalismo alemán pareció aproximar los dos esquemas típicos que distinguían tajantemente lo federal de lo unitario. Konrad Hesse habló de *Estado federal unitario*, significando la forma en que ese régimen federal reviste características centralizadoras que fueron adaptándose de una constitución a otra, para dotar de mayores potestades al presidente del Reich. Esto último, en los textos constitucionales de 1871 y en el de Weimar en 1919. La tendencia persistió en la Ley Fundamental de 1949, donde la impronta del Estado social requirió mayores atribuciones a la rama Ejecutiva para hacer realidad el cúmulo de atribuciones legales, en ARROYO GIL, *El federalismo alemán en la encrucijada: sobre el intento de modernización del orden federativo en la RFA*, Madrid, 2006, 32 s.

¹⁹ VOGEL, *El régimen federal en la Ley Fundamental*, en BENDA et. al., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996, 615.

²⁰ CRUZ VILLALÓN, *Arbitraje y Constitución en España, Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México, 2008, 423.

concentraron (como en los esquemas unitarios) el impulso de la distribución competencial.

La autoridad judicial intervino hace apenas un par de décadas, al corregir esas asignaciones competenciales a través de procedimientos del contencioso constitucional (dominando en México por la Suprema Corte al resolver controversias constitucionales del art. 105 constitucional; no obstante que tanto en amparo como en acciones de inconstitucionalidad se abordan con frecuencia esta clase de controversias). Pero la centralización del poder en el Presidente tiene otras explicaciones, que también se encuentran en la historia.

2.3. Pero al final, se impone el postulado federal

Partiendo de un reto sumamente complejo (*definir condiciones que generen un nivel de vida semejante a lo largo y ancho del territorio nacional*) la negociación entre centro y periferia es siempre frágil; compleja. Aquello explica por qué los tribunales han encontrado una tendencia a construir una noción (jurídica) de los estándares generales del nivel de vida.

El postulado federal, inscrito en leyes de diversa índole, aunque también en principios²¹, difícilmente podría tomar partido a favor de ámbitos centrales o periféricos²². Pues al ser una herramienta a medio camino entre lo político y lo jurídico, tendría por objeto evitar que la asignación de recursos y competencias quedaran sólo en las leyes, para dirigirse al necesaria determinación arbitral de su funcionamiento.

Ya dijimos que en México, el impulso de estos arbitrajes se fue concentrando en el Poder Ejecutivo. Aunque este efecto no fue exclusivo de mi país; lo encontramos desde los años de la independencia de los Estados Unidos, cuando ocurrieron las pugnas entre federalistas y anti-federalistas²³.

²¹ Los conflictos que se suscitan entre estados no siempre se encuentran regulados por la Constitución. En México contamos con las Controversias Constitucionales como mecanismos para resolver conflictos entre estados, pero no contamos con un desarrollo demasiado específico en cuanto al derecho aplicable a estos casos. En un punto intermedio, se ha dado representación a las instancias estatales en el Senado. En TAJADURA – DE MIGUEL BÁRCENA (eds), *Federalismos del siglo XXI*, Madrid, 2014, 54.

²² De la Suprema Corte mexicana véase los Amparos en Revisión nn. 2237/2009, 24/2010, 121/2010, 204/2010, 507/2010 de 1, 5 y 11 de septiembre de 2011 ("derecho a un mínimo vital").

²³ Unos pugnaban por instaurar poderes considerables a favor de las autoridades federales, con una consiguiente disminución de los poderes estatales; los otros pugnaban por un mayor reconocimiento de la autonomía de cada estado y por ende en una disminución considerable

Durante la década de los 1780's, se promulgó la Constitución; y también se redactaron las trece constituciones estatales. Al predominar a la postre el primer grupo, la implantación del esquema federal sirvió como vehículo para ir sumando facultades al ejecutivo federal en detrimento de los poderes subnacionales. El presidente de la república se erigió como la instancia idónea para destrabar los conflictos entre órganos.

Pero en México, en nuestra flamante república, la eficiencia de la rama ejecutiva fue siempre el talón de Aquiles de los gobiernos²⁴. La Constitución de 1824 no pudo asegurar la continuidad de los mandatos que se sucedieron; casi siempre por obra de levantamientos militares. Fue así como la atribución de facultades extraordinarias al Ejecutivo comenzó a volverse común para todo el territorio, transformándose un medio ordinario de estabilización del régimen. El federalismo falló, al engendrar gobiernos ineficientes.

Luego de las intervenciones de ejércitos de Estados Unidos y de Francia a fines de los 1830's, sobrevino de la pérdida de la mitad del territorio nacional. El lapso entre 1840 y 1860, se caracterizó por ser un caos absoluto. Asonadas, rebeliones, divisiones y traiciones entre grupos. Reinaba el analfabetismo y la desigualdad. El recuento va de la secesión de Texas en 1835 y la invasión de tropas norteamericanas para justificar su anexión a la Unión un año después²⁵; vino después la intervención de tropas francesas durante más de un año entre 1838 y 1839²⁶.

Habíamos entendido el modelo federal norteamericano muy superficialmente. Mientras que el presidente de los Estados Unidos había sido el principal impulsor del aumento de las competencias para la federación, el presidente mexicano estuvo limitado, buena parte del siglo XIX, en sus atribuciones administrativas: carecía de la facultad de nombrar y remover libremente a los altos funcionarios civiles y militares (como ocurría en Estados Unidos).

de las atribuciones federales frente a los poderes de los Estados, en GARGARELLA, *Crisis de la representación política*, México, 1997, 117.

²⁴ Sobre las estrategias para equilibrar un ejercicio de los poderes, Lucas Alamán señalaría que en vez de retomar el modelo federal de la constitución norteamericana, optamos por el de Cádiz, donde el Legislador estaba llamado a reasumir las competencias del Ejecutivo (de manera que “en vez del poder absoluto del monarca, quisimos construir un poder arbitrario para el legislativo”), en HERNÁNDEZ MORA, *Cortes de Cádiz: Génesis y topos del liberalismo mexicano*, México, 2013, 145 ss.

²⁵ MOYANO, *La independencia de Texas*, México, 2011, 118.

²⁶ OLIVIER, *La intervención francesa y el imperio de Maximiliano en México [1906]*, México, 2012, 274.

Y cuando por fin, frente a la concentración de poder político y económico de la iglesia católica logramos promulgar una nueva constitución federal y liberal, en 1857, viene una regresión centralista y monárquica.

En efecto, la publicación de la Constitución liberal de 1857, no hizo más que aumentar las tensiones entre conservadores, que se repliegan y vuelven a la carga exigiendo la abrogación de la Constitución recientemente aprobada. Estalla primero la Guerra de Reforma (1857-1861); tras la invasión de las tropas de Napoleón III en México, se sucede el intento fallido del ala conservadora de instaurar el Segundo Imperio mexicano²⁷. Convencen a Maximiliano de Habsburgo de gobernar, intención que se cumple precariamente (1863-1867). El emperador pretendía disolver la federación, instaurando en lugar un sistema territorial unitario compuesto por 50 departamentos. Pero el plan de los Conservadores quedaría, a la postre, reducido a proyecto²⁸.

Triunfaría el ala liberal, imponiendo al final un régimen federal que logró trazar alguna líneas a partir del texto constitucional de 1857. Lo relevante para nuestro sistema constitucional es que los aportes técnicos del régimen federal norteamericano²⁹ lograron exportarse de este lado de la frontera, potenciados por el ala liberal, para orientar la normalización subsecuente de nuestros mecanismos en materia federal. El triunfo liberal (con todo y el paréntesis que significó la dictadura de Porfirio Díaz) logró generar una cierta unanimidad al final de la Revolución de 1910. Al menos, la nueva Constitución de 1917 tuvo como aspecto compartido, por todos los ejércitos que lucharon por el poder, la instauración definitiva de un régimen federal. Que en gran medida, se utilizó como instrumento para concentrar y acrecentar el poder del Presidente a lo largo y ancho del territorio.

²⁷ RATZ - GALEANA, *Querétaro: fin del Segundo Imperio mexicano*, Conaculta, 2005.

²⁸ La Constitución de 1857 nunca dejó de tener vigencia durante el imperio. Benito Juárez tuvo que asumir una presidencia itinerante, que desde Paso del Norte (hoy Ciudad Juárez) logró apoyo de armamento de los Estados Unidos para enfrentar a las tropas napoleónicas, y resolver la intervención con el fusilamiento de Maximiliano. Este hecho parece cerrar en definitiva la pugna entre conservadores y liberales, con el predominio de estos últimos.

²⁹ Rondando los mismos años, los norteamericanos también sufrieron tropiezos; especialmente derivados de la cruenta Guerra Civil (1861-1865) en la que los estados sureños amenazaban con la secesión de la Unión. Las causas de la rebelión sureña se centraban en motivaciones bastante distintas a las esgrimidas por el conservadurismo mexicano. Pues los esquemas de producción económica en el sur norteamericano basaban sus ventajas competitivas en el tráfico de esclavos. No fue sino hasta la enmienda XIII que se logró, justo después de la reelección del presidente Lincoln (1865), que aquella marca oprobiosa lograse borrar para siempre, MENAND, *The Metha-physical Club: a Story of Ideas in America*, New York, 2001, 521.

3. Una historia reciente: la Constitución de 1917, hoy

Los países federales con mejores resultados en el reparto de la renta nacional (por encontrar un elemento objetivo de medición) tienden a diseñar el reparto de competencias sobre la base de las disparidades relativas entre individuos, desde un plano de proximidad en el territorio. Aquello que no se puede resolver en una primera esfera de proximidad (en México, el municipio), escalaría a la siguiente (al estado), cuyas autoridades suponen un grado de especialidad mayor. La tercera esfera (la federal) intervendría solo por excepción³⁰. Esto es, únicamente si las esferas de mayor proximidad no demuestran capacidades suficientes para gestionar el problema sin acudir a la siguiente entidad territorial.

De acuerdo con el principio federativo, toda estructura federal busca encontrar formas concretas de organización de los poderes, para lograr el mayor grado de cercanía entre los distintos niveles de gobierno y el individuo. Las federaciones pugnan por la diversidad; léase, por un ejercicio responsable de las atribuciones a todos los niveles³¹, donde la asignación al nivel más cercano a la comunidad se justifica a partir de capacidades reales de gestión.

Pero también ha ocurrido en los sistemas federales, desde los 1970's, que se estime preferible ir reduciendo la diversidad de las políticas subnacionales, dando paso a un rediseño supuestamente coordinado desde la federación, y en aparente conveniencia de los niveles de mayor proximidad. Los norteamericanos entendieron el sentido cooperativo del federalismo en su sentido pragmático³². Centralizar vuelve eficiente. El federalismo mexicano ha sido menos pragmático y más formalista. Pero el resultado también ha sido una mayor centralización de las políticas.

3.1. Predominio de la parte estática del federalismo; su flexibilización

El federalismo busca un equilibrio entre formas de autogobierno (las de los estados) operando frente a un gobierno compartido (el federal)³³. Ese equilibrio se concibió en México, predominantemente con criterios formalistas, a través de

³⁰ Esta es la lectura más ortodoxa de la segunda posguerra; como en RIKER, *Federalism*, Boston, 1964.

³¹ ELAZAR, *Opening the third century of American Federalism: issues and prospects*, in *Annals of the American Academy of Political Science Quarterly*, 79, 1990, 248-281; CONLAN, *From New Federalism to Devolution: twenty-five years of intergovernmental reform*, Washington DC, 1998; LOWRY, *The dimensions of federalism*, Durham, 1992.

³² ZIMMERMAN, *National-State relations: cooperative federalism in the twentieth century*, in *Publius*, 31, 2, 2001, 15-30.

³³ GALLIGAN, *Comparative Federalism*, en BINDER – RHODES – ROCKMAN (eds), *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford, 2006, 262-264.

la atribución de competencias para legislar en materias concretas, que fueron reconocidas “a las autoridades federales” en términos del art. 124 de la Constitución. El texto constitucional establece a este respecto: «[l]as facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias».

De su lectura, se infiere que solamente lo que no ha sido especificado en la Constitución como una competencia federal, se entiende propio de los estados. Por lo que los estados son la regla; y la federación, la excepción. Pero a pesar de este esquema, aparentemente horizontal, la práctica de la distribución de competencias de las pasadas tres décadas, ha venido centralizando casi todo en la Federación. Y la tendencia no hace más que reforzarse. Al definir quién ejecuta, quién aplica y quién gestiona el reparto territorial de atribuciones, el presidencialismo tiende a pronunciarse por unificar reglas y competencias, concentrando atribuciones en autoridades federales.

Lo anterior, porque el art. 124 siempre se ha leído a la luz del 73, que establece las materias que pueden ser reguladas por las dos cámaras del Congreso federal³⁴. Fue esta tendencia la que nos alejó de una concepción horizontal de la distribución de competencias.

Adicionalmente, el reparto de competencias, encuentra otro complemento esencial en el art. 135. De este artículo, se estableció que el Poder Legislativo (federal) tiene la potestad de modificar la Constitución de manera dificultada (las 2/3 partes de los individuos presentes). Pero además, con el concurso de la mayoría de las legislaturas de los estados. Junto a las 2/3 partes de los legisladores federales, los 32 poderes legislativos locales conforman el “Poder Revisor de la Constitución”, que es un poder constituido, subordinado al Poder Constituyente; léase, al pueblo. Pero la centralización de la decisión en el Ejecutivo federal, se ha favorecido en virtud del patronazgo y la impunidad de los actos de los gobiernos estatales.

Fue hasta hace muy poco que vivimos la primera alternancia presidencial, ya que luego de 70 años de 13 presidentes del PRI ininterrumpidos (de 1930 al 2000), el PAN ocupó la presidencia de la República (entre 2000 y 2012). Pero el viejo PRI nunca perdió el poder en los estados; hasta el día de hoy sigue siendo predominante a nivel local. Incluso logró mantener la mayoría de gobernadores y recuperó la presidencia para el período 2012-2018.

Durante los años de la alternancia (2000-2012), los gobernadores de este viejo partido encontraron en las transferencias federales, la clave de todos

³⁴ Barceló Rojas, *Teoría del Federalismo y del Derecho Constitucional Estatal Mexicano*, México, 2016, 27.

los excesos. Pues una vez transferidos fondos federales a los estados, la federación quedaba desligada de fiscalizar el gasto local³⁵. Por otro lado, el mencionado efecto de “patronazgo político”, en el que los actores locales condicionan su apoyo al gobierno federal a cambio del acceso a empleos públicos, fue debilitando más y más los controles al gasto local. Los gobernadores del PRI se volvieron aún más poderosos, por la ruptura de la añeja liga arbitral del presidente de la República hacia sus estados.

Aunque partidos opositores al presidente de la República fueron ganando escaños en varios de los congresos estatales, no utilizaron su influencia local para actuar contra los intereses del partido presidencial, sino que se terminan doblegando ante la gama de favores y beneficios que les producía la cercanía con el centro³⁶.

En suma, el esquema federal mexicano podría encarnar una forma muy adecuada para gestionar la complejidad: la herramienta federal (art. 124) contiene mecanismos para resolver la coexistencia de normas de diferentes orígenes que conviven en un territorio (art. 73); además, involucra a los estados en la creación del orden constitucional (art. 135). Pero como vimos, el esquema normativo no se tradujo en una mayor eficiencia en el reparto de competencias y recursos a nivel territorial.

El sistema federal debiera evitar la extralimitación de las competencias estatales; lo anterior, incluso cuando la Suprema Corte ha omitido controlar reglas del orden local que se supondrían ser competencia exclusiva de la federación³⁷.

Al ejercer sus atribuciones, la federación no ha sido contundente para impulsar un reparto más adecuado entre el centro y las periferias partiendo de datos concretos que ayudan a flexibilizar la asignación de competencias a

³⁵ En cuanto se envían recursos a los estados, la Auditoría Superior de la Federación, órgano de la Cámara de Diputados, deja de ser competente para fiscalizar el gasto a nivel local. A partir de ese momento, el gasto local es fiscalizado por la Auditoría Superior del Estado. Pero los contrapesos no han funcionado, puesto que políticamente, los 32 Congresos locales tienden a obedecer al gobernador, porque ha ocurrido sin excepción que quien gana el gobierno, gana la mayoría del congreso local. La fiscalización se vuelve una herramienta política y no jurídica, en AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN, *Áreas de opacidad y riesgo en el Estado federal mexicano: oportunidades de mejora*, México, 2009, 120.

³⁶ ARMESTO - OLMEDA, *Estrategias de interacción ejecutivo-legislativo y patronazgo político subnacional en México*, en LOZA - MÉNDEZ (eds), *Poderes y democracias: la política subnacional en México*, México, 2016, 93-98.

³⁷ Declaración de conformidad de los arts. 84, 86 y 87 de la Ley de Partidos Políticos para el estado de Tabasco, en la decisión 36/2014; en el sentido de mi comentario, el voto particular del ministro Gutiérrez Ortíz Mena.

una esfera o a la otra. El primero de estos ejemplos lo encontramos en las reglas aplicables en caso de duda. Léase, en caso de concurrencia.

Jorge Carpizo elaboró una tipología de dificultades derivadas de dicha concurrencia de atribuciones. Así, hablaba de facultades *exclusivamente federales* (definidas en el art. 73 constitucional), o *exclusivamente locales* (que no están especificadas; por ejemplo, en materia de contratos civiles), de facultades *prohibidas a la federación* (como legislar para imponer una religión de Estado) o *a las entidades federativas* (imposibilidad de suscribir tratados internacionales); de facultades *coincidentes* (en materia educativa), *coexistentes* (en materia de policías), o bien *derivadas de la jurisprudencia* de la SJCN³⁸.

Un segundo elemento de la flexibilización de nuestro esquema federal (que no ha significado un cambio sustancial, todavía), la encontramos en la reforma al art. 1 de la Constitución, de junio de 2011, que instauró el principio pro-persona (según el cual, la protección de los derechos fundamentales sea prioritaria, y no sujeta al formalismo de la jerarquía de normas). Fue así como la protección del individuo nos permite intentar dejar atrás el ejercicio de atribuciones, de “arriba” hacia “abajo” (*upper/lower level*), del centro a las periferias.

Este renovado esquema “horizontal” refiere a competencias que tienden a complementarse; o si se prefiere, a armonizar el trabajo de los jueces federales con el de los jueces locales, para obtener la mejor lectura posible de las normas, en beneficio de la persona.

Al disminuir la concepción formalista del predominio normativo, los tratados internacionales apenas si han empezado a ser leídos como derecho positivo por los jueces (sobre todo los estatales, que son los del primer contacto). Sin embargo, el federalismo también se ha visto afectado con la correspondiente proliferación de normas; como si los órdenes normativos locales se encontraran en competencia con los internacionales. Y mientras el juicio de amparo siga siendo una competencia que solo la federación puede resolver en última instancia, los procedimientos equivalentes que se puedan establecer en los estados, van a servir para muy poco³⁹. Pues la justicia federal no ha manifestado ningún interés por dejar que los tribunales estatales logren dictar sentencias en última instancia.

La tercera parte de la flexibilización del federalismo mexicano (que tampoco se ha aprovechado) corresponde a la solución de conflictos de

³⁸ Véase en CARPIZO MCGREGOR, *Comentario al artículo 124 constitucional*, en *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, México, 1994.

³⁹ TORTOLERO, *Los hoyos negros de la reforma judicial mexicana*, en GARCÍA LÓPEZ, *Estudios en honor al profesor Gérard Marcou*, Bogotá, 2017.

competencia. Es cierto que nuestra Constitución carece de cláusula de prevalencia federal (que en cambio, si existe en el art. 72 de la LF alemana, que determina que los *Länder* pueden legislar en ciertas materias, pero que en todo momento, el *Bundestag* puede recuperar esa atribución, o incluso regresar a la legislación previa emanada de cada *Land*). En México es el legislador (federal o local) quien debe demostrar que una u otra solución es la más adecuada para garantizar la mayor proximidad entre el ejercicio de la competencia y los pobladores de los territorios respectivos.

En la eventualidad que se produzca un conflicto entre derecho federal y local (incluidos los casos en que exista concurrencia o coincidencia), debe prevalecer el derecho federal sobre el de las entidades federativas⁴⁰. Al igual que en otras federaciones, dos cláusulas constitucionales garantizan que las entidades subnacionales puedan manifestar su voluntad frente a los contenidos del pacto federal: la participación en el proceso de reformas a la constitución federal y la rigidez de la Constitución.

Las más de 400 reformas a nuestra Constitución demuestran que estos dos ingredientes existen, pero solo de fachada. Aquello implica que los contornos del sistema vuelven las instituciones (locales y federales) extremadamente inciertas⁴¹. Al reforzar esa cualidad, ganaríamos en una mayor disciplina en el dinamismo del esquema federal. Es otro el problema que ocurre cuando una norma local choca con una federal, o incluso con otra local. Pero los mecanismos de arbitraje entre niveles territoriales sigue dando preferencia a la federación sobre los estados.⁴² Acaso el esquema de las relaciones intergubernamentales se vuelva la clave de tal flexibilización, tan necesaria, para los años futuros.

3.2. La subutilizada parte dinámica del federalismo mexicano

Los principios liberales de nuestro federalismo (de la Constitución anterior, de 1857) fueron retomados en el texto de la de 1917 en los términos siguientes⁴³. Los estados no son soberanos, sino autónomos (art. 41 constitucional). La competencia originaria les corresponde; siendo la federal una competencia derivada. Ahora bien, el principio de supremacía federal no implicaría que la soberanía recaiga en la federación, sino en el pueblo. Este

⁴⁰ CARPIZO, *Estudios Constitucionales*, México, 1991, 22.

⁴¹ DE VEGA, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 2011.

⁴² ARTEAGA NAVA, *El Sistema Federal*, México, 2013, 324.

⁴³ REYES HEROLES, *El liberalismo mexicano en pocas páginas*, México, 1985, 481.

último principio se traduciría en la creación de *salvaguardas políticas federales*, que conducen al reconocimiento de una proximidad en el ejercicio de las competencias. El esquema federal mexicano debió contener mecanismos para garantizar que la voluntad de los estados fuera tomada en cuenta al momento de configurar la voluntad federal. De esto último, el Senado asumirá (desde su restablecimiento en 1874) el carácter de asamblea territorial al garantizar un número idéntico de senadores por Estado, no importando el número de pobladores o la extensión de sus territorios. Pero ese equilibrio igualitario entre estados se rompió en 1996, cuando se estableció el sistema mixto, de representación proporcional y mayoritario en el Senado: uno de cada cuatro senadores se define en listas nacionales, en función de los intereses de las cúpulas de los partidos nacionales.

Junto a este conjunto normativo, que anuncia un reparto formal de atribuciones donde lo federal siempre tiene preferencia (y cuyo formato podríamos entender como una fotografía), las "relaciones intergubernamentales" constituyen la parte dinámica del esquema federal mexicano (a la manera de una película)⁴⁴. Como un instructivo que no está escrito en ninguna parte pero que debiera inspirar al funcionamiento del sistema. Pero que tampoco ha servido para repartir poderes a los estados.

Tuvimos que esperar al final del siglo XX para hablar de "nuevo federalismo" en la imbricación de lo local con lo federal⁴⁵. Su mera existencia podría impulsar el diseño de políticas apegadas a necesidades territoriales específicas⁴⁶. La flexibilización pragmática del federalismo debiera referir a la capacidad política de los actores encargados de ejercer competencias para adaptarlas a las potencialidades de la federación, o de los estados; según sea el problema en cada parte del territorio⁴⁷.

Al igual que en otros sistemas federales, el nuestro tiene suficientes elementos para escapar del funcionamiento meramente formal o jurídico del reparto competencial. La parte dinámica de este esquema permitiría asumir un uso más pragmático y menos normativo, donde la asignación

⁴⁴ WRIGHT, *Para entender las relaciones intergubernamentales*, México, 1997, 704.

⁴⁵ DIEZ DE URDANIVIA, *El sistema federal mexicano: antecedentes, evolución y perspectivas*, Fundap, 2003, 107.

⁴⁶ CONLAN, *From cooperative to opportunistic federalism: Reflections on the Half-Century anniversary of the Commission on Intergovernmental Relations*, en *Public Administration Review*, 66, 5, 2006, 663-676.

⁴⁷ «A steady demand for governmental services in health, education, housing, income maintenance, employment and social services has forced governments at all levels to become more independent», AGRANOFF, *Intergovernmental Management: Human Services Problem-Solving in six Metropolitan Areas*, Albany, 1986.

competencias se podría fundar en la búsqueda de eficiencia administrativa, atendiendo a un mejor reparto de recursos y competencias, y no a la simple obediencia a una norma. Cada agente debiera tomar decisiones en función de las mayores potencialidades a su alcance⁴⁸. Lo cierto es que esta asignación se ha mantenido con un cuasi monopolio de la federación.

Este funcionamiento pragmático se debiera conjugar además con el *principio de subsidiariedad*, que aunque tampoco existe formalizado en nuestras normas, implica la asignación de competencias a la instancia (federal, estatal o municipal) que mejor esté en posibilidades fácticas de ejercerlas.

En países federales como Argentina, Brasil o México, se escuchan voces discordantes, denunciando que los intereses económicos nacionales o el Presidente de la República diseñan, desde la ciudad capital, buena parte de las políticas nacionales, para luego ir las distribuyendo en los escalones subsecuentes del territorio. Poco o nada se toma en cuenta a quienes son dirigidas esas políticas⁴⁹. Esto riñe con la intención principal del esquema federal, que se funda en la mayor cercanía posible con los problemas.

Bajo la forma federal, los individuos pertenecen simultáneamente a dos comunidades; a la estatal (más próxima) y a la nacional (más remota), los dos niveles debieran diferenciarse con claridad. Así, los estados y la federación, por separado, cuentan con atribuciones propias (p.e., para allegarse de recursos fiscales). Con ello se crean dos esferas o niveles de administración: una estatal y otra federal⁵⁰, que deben funcionar independientes entre sí. Pero coordinadas.

Veremos que desde la alternancia del 2000, la federación asignó fondos federales millonarios a los Estados, a cambio de reducir la presión recaudatoria a nivel local. Los estados no solo dejaron de recaudar, sino que se endeudaron. Y lo hicieron comprometiendo a varias generaciones. La corrupción afloró. La deuda pública también. Y lo peor, fomentando construcción de infraestructura de pésima calidad.

Otra nota que contradice el sentido flexible del reparto competencial mexicano, que veremos más adelante, la encontramos en la creación (cada vez más frecuente) de leyes generales. Esta legislación, expedidas por el

⁴⁸ ESPEJEL MENA (ed.), *Las relaciones intergubernamentales y la compensación de desequilibrios territoriales*, México, 2015, 232.

⁴⁹ Véase el análisis en estos tres países, coincidiendo en el mismo sentido, ROBLEDO - CORREA (eds.), *XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional; el diseño institucional del Estado democrático*, México, 2016, 88-92; 174-178; 582-583.

⁵⁰ FRIEDRICH, *Trends of federalism in Theory and Practice*, New York, 1968, 17.

Congreso federal, faculta a autoridades de los tres niveles de gobierno a ejercer sus competencias sobre la misma materia, de forma unificada. Podría parecer que evita la fragmentación de la legislación; lo cierto es que por esta vía, se han impuesto soluciones unívocas a lo largo y ancho del país. Sin atender a las particularidades regionales.

El sistema busca que con una norma de carácter nacional, se puedan solventar los problemas a todos los niveles del gobierno. Pero, ¿en un país con estas dimensiones y grado de complejidad de sus problemas? Quienes las consideran invasivas, subrayan no solo que en su elaboración, los congresos locales no tuvieron ninguna injerencia. La consecuencia más grave ha sido la de haber encarecido muchos de los servicios públicos al homologar (a la alza) los costos, sin que mejore la calidad⁵¹. Una vez más, la lectura formalista de la aplicación de la ley ha contrastado con la flexible de las relaciones intergubernamentales.

El sistema federal mexicano se ha alejado del potencial que podría aportar su propia flexibilidad. El esquema federal no debiera desconocer la asimetría de todas sus entidades subnacionales. No es creíble que a todos los estados de la República les corresponde más o menos el mismo cúmulo de atribuciones y recursos. Nuestros estados no podrían justificar las mismas relaciones tanto con los otros estados como con el nivel federal.

Nuestro esquema federal nunca ha dejado de ser asimétrico, porque existen disparidades relativas muy marcadas⁵² que presentan una conflictividad mucho mayor, tanto entre estados como de los estados hacia la federación. ¿Podremos de esta manera lograr que el habitante de un estado tenga la misma calidad de vida que el del otro?

Sin una clara concepción del modelo ideal de reparto de competencias, el esquema mexicano de relaciones intergubernamentales ha previsto la celebración de convenios para definir competencias entre estados, o entre estados y la federación. Pero nunca se logró determinar qué lectura del federalismo se pretende establecer de manera prioritaria, si la cooperativa o la competitiva. Tampoco se evitó fomentar aún más concentración de poderes en la federación. Lo anterior se entiende con la creación de

⁵¹ Sobre una aparente "mercantilización" de los servicios de salud pública en todo el país entre 1988 y 2000, derivado de la homologación de los servicios a partir de la Ley General de Salud, véase en LÓPEZ ARELLANO - BLANCO, *La polarización de la política de salud en México*, in *Saúde Pública*, 17, 1, 2001, 43-54.

⁵² Para entender la noción de *federalismo asimétrico*, véase CHAPMAN, *Structure, process and the federal factor: complexity and entanglement in federations*, en BURGESS - GAGNON, *Comparative Federalism and Federation: Competing traditions and future directions*, Toronto, 2006, 69-92.

“sistemas nacionales”⁵³ que sumados a las leyes generales, atentan contra el carácter asimétrico de nuestro federalismo.

Contrastando la simetría con la asimetría, remitimos a la noción alemana de *fidelidad federal (Bundestreue)*, que alude al estigma de la deslealtad (de las unidades subnacionales) frente a la federación⁵⁴. A pesar de no estar consagrado constitucionalmente en Alemania, este principio conduce a los gobiernos a ponerse de acuerdo en la implementación de políticas públicas comunes en todo el territorio, si bien teniendo en muy alta consideración el respeto a la autonomía local.

A pesar de contar con condiciones institucionales, a los mexicanos nos costó trabajo establecer un funcionamiento cooperativo de nuestro federalismo. Pues los estados se han acostumbrado a recibir soluciones (y sobre todo, recursos) federales sin ninguna contraprestación a cambio. Como parte de una negociación entre cúpulas partidistas nacionales, que no tienen ningún empacho en propiciar que las administraciones estatales se vuelvan perezosas.

En las antípodas del esquema cooperativo, el nuestro tampoco ha logrado erigirse en un *federalismo competitivo* eficiente, que pudimos haber aprendido del esquema federal de los Estados Unidos. Desde aquella otra perspectiva, los fundadores norteamericanos justificaron una mejor generación de riqueza a partir de los estados, y no desde el centro.

Al evolucionar durante dos siglos, el federalismo norteamericano se fue ajustando, para funcionar como un mecanismo adaptable a cada realidad territorial; no como muro que separa, sino como catalizador que facilita tomar decisiones al nivel más adecuado. Las relaciones intergubernamentales han funcionado bajo la conducción (léase intervención) de la federación en los gobiernos estatales, estableciendo rara vez relaciones horizontales entre las partes.

⁵³ Ante la ola de inseguridad, desatada con la guerra contra el narcotráfico, torpemente declarada en 2007, la federación creó el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que agrupaba a las autoridades federales de la materia con los gobernadores. El propósito era el de diseñar operativos conjuntos, sugiriendo a estados y municipios replicar el esquema bajo la conducción federal. Marcos semejantes se encuentran en el Sistema Nacional de Protección Civil; en la Comisión Nacional de Cultura Física y Deporte; en el Sistema Nacional de Salud; en la Reunión Nacional de Funcionarios Fiscales, entre otras; véase DE LA GARZA, *La lógica centralizadora del sistema federal mexicano*, en VALADÉS - SERNA (eds.), *Federalismo y regionalismo*, México, 2002, 560-563.

⁵⁴ ALBERTI ROVIR-ENOCH, *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Madrid, 1986, 237-259.

3.3. La disfunción del federalismo mexicano actual

A cien años de haber promulgado la Constitución de 1917, cualquier mexicano entiende que la tendencia de asignar más atribuciones a autoridades federales ha crecido de forma sostenida.

Desde la aprobación de nuestro texto constitucional vigente, la soberanía fue atribuida a los estados en su régimen interior. Pero ese atributo solo implicaba la facultad de establecer órganos propios de gobierno (art. 116 constitucional). Dado que la Constitución se redactó en medio de una guerra civil, que inició con el derrocamiento del dictador Díaz en 1910 y duró diez años, el reparto de atribuciones y recursos nunca fue sencillo. Desde los 1920's, la prioridad de los gobiernos pos-revolucionarios se dirigió a centralizar todos los poderes en el presidente. Fue inevitable que el presidente terminó por influir en el funcionamiento de la política local al interior de la República⁵⁵.

Esta realidad no cambió durante más de medio siglo. Los nuevos esquemas de reparto competencial coinciden con el momento en que el Ejecutivo federal empezó a enfrentar la oposición de partidos distintos al suyo, y eso empezó primero en los gobiernos municipales. Luego, vinieron los primeros gobernadores de oposición; el primero en 1989 (en Baja California). Y por fin, un gobernador de oposición, que logró ganar la presidencia en 2000, trató de impulsar el postulado federal; pero sin mucho éxito⁵⁶.

La apertura democrática generó la exigencia de mejores condiciones de vida en los estados como moneda de cambio para negociar con el centro. Se empezaron a definir qué instrumentos y funciones convenía centralizar, y cuáles debían quedar en instancias subnacionales. A inicios de los 80's empezamos a hablar de federalismo fiscal⁵⁷. Pero la búsqueda de un mejor equilibrio en los niveles de vida de los distintos niveles territoriales, se fue mezclando con la formación de clientelas políticas y de capacidades de negociación entre actores.

⁵⁵ DE LA GARZA, *La lógica centralizadora del sistema federal mexicano*, en VALADÉS - DE LA GARZA (eds.), *Federalismo y Regionalismo, México*, México 2005, pp. 547 ss.

⁵⁶ PRESTON - DILLON, *Opening Mexico: the making of a democracy*, New York, 2004, 592.

⁵⁷ OATES, *An Essay on Fiscal Federalism*, *Journal of Economic Literature*, 37, 3, 1999, 1120-1149.

Hacia fines de esa misma década, el gobierno federal impulsó con mayor decisión medidas de coordinación fiscal, dirigidas a temas específicos⁵⁸. En la época del Presidente Zedillo (1994-2000), siguió ampliándose dicha noción cooperativa del federalismo, que parecía congruente con la aparición de gobernadores de otros partidos y la pérdida de la mayoría absoluta del partido del presidente en el Congreso federal. Pero las consecuencias fueron contraproducentes, pues se fueron atribuyendo mayores transferencias a niveles subnacionales, con tan marcada insistencia que terminaron por reducir la influencia política de las autoridades y los partidos locales.

El primer presidente de la alternancia, Vicente Fox (2000-2006) quiso impulsar el federalismo como signo de su administración. Pero el resultado tampoco produjo incentivos recaudatorios en los estados. Solo se crearon instituciones en la capital del país, orientadas a mejorar el reparto de recursos. Que solo produjeron una mayor centralización de los recursos en la federación. Las transferencias federales se otorgaban atendiendo a criterios clientelares y partidistas.

Al acomodar el significado de la subsidiariedad en dirección opuesta⁵⁹, el catálogo de facultades concurrentes (susceptibles de ser ejercidas tanto por autoridades federales como por locales, en función de criterios pragmáticos) terminaban casi siempre monopolizadas por la federación.

La presidencia de Felipe Calderón (2006-2012) tampoco revirtió esta tendencia centralizadora; incluso, el ejercicio de atribuciones federales se intensificó, al tener prácticamente toda la agenda del gobierno centrada en la seguridad y el combate al tráfico de drogas. Más que nunca en ese período, la centralización que fue sufriendo el federalismo mexicano, implantó la lógica que impera en los juegos de suma cero (donde se entiende que una competencia que gana la federación la pierden los estados, y al revés)⁶⁰. Pero al centralizar los contenidos en leyes federales, tampoco se pretendía hacer prevalecer una esfera sobre otra⁶¹. Se pretendía que el esquema cooperativo,

⁵⁸ DE LA GARZA, *Las Convenciones Nacionales Fiscales y el Federalismo Fiscal en México*, México, 2004, 112.

⁵⁹ TORTOLERO CERVANTES, *Subsidiariedad en la atribución de competencias territoriales*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 252, 2009, 333-353.

⁶⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, *El federalismo en América Latina*, en *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, México, 41, 2003, 18.

⁶¹ Al concentrar esta redistribución en la Administración Pública federal, se ha buscado un reparto armonizador de los recursos, evaluando y condicionando a que la entidad federativa que solicita esos fondos demuestre contar con capacidad de gestión y solución, y no simplemente cercanía geográfica con los problemas a resolver.

revalorizara el trabajo de las entidades locales, creando espacios de participación a nivel territorial y distribuyendo mejor los recursos.

Por los intentos quedaron reducidos a la creación de nuevas comisiones y agencias gubernamentales; todas federales. Los dos presidentes citados, intentaron soluciones de coordinación, como incentivos recaudatorios, y desarrollos técnicos, administrativos y financieros que trabajaban en el plano local⁶². Por su parte, tratando de establecer un contrapeso político, los gobernadores intentaron otras estrategias políticas: los del PRI y del PRD, opositores al presidente de la República, empezaron a reunirse periódicamente en una llamada Conferencia Nacional de Gobernadores (CONAGO), que empezó a cobrar una cierta relevancia⁶³. Y no obstante que la conveniencia política hizo que se les unieran los pocos gobernadores del PAN (partido del Presidente), esta reunión periódica (que sigue existiendo) terminó teniendo poca relevancia.

Durante la administración federal de Enrique Peña Nieto (2012-2018), la tendencia orientadora (por no decir centralizadora) del Congreso federal se ha manifestado en la expedición de un número importante de Leyes Generales⁶⁴. Estas leyes son diseñadas para permitir acciones coordinadas a través de la suscripción de convenios de coordinación o incluso del traslado directo de atribuciones específicas a entidades subnacionales concretas⁶⁵. Lo cierto es que en vez de fungir como bases generales, han limitado a los congresos locales la posibilidad de legislar en esas mismas materias. Además, han otorgado poderes desmesurados a los gobernadores, quienes

⁶² Después del 2000, el gobierno federal creó agencias como el Centro Nacional de desarrollo municipal (CEDEMUN), el Instituto nacional del Federalismo (INAFED). Entre sus programas, buscaban establecer, entre las autoridades subnacionales, procesos de evaluación, capacitación, diseño de programación y presupuestación del gasto; de una ideal mejora administrativa; pero nunca lograron quedar consagrados en instrumentos legales y por lo tanto, nunca fueron eficientes. ARMENTA LÓPEZ, *Federalismo*, México, 2010,177.

⁶³ CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES Y DE OPINIÓN PÚBLICA (coord.), *Avances y pendientes para fortalecer el Federalismo*, México, Cámara de Diputados, LIX Legislatura, 2006.

⁶⁴ En materias tan diversas como la Trata de Personas, de Prevención Social de la Violencia, de Igualdad entre Mujeres y Hombres, de Delitos Electorales, del Servicio Profesional Docente, de Víctimas, de Transparencia y Acceso a la Información Pública, de Partidos Políticos, de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, de Instituciones y Procedimientos Electorales o de Cambio Climático

⁶⁵ Entre los elementos que definen estos convenios referimos la temporalidad o definitividad del convenio así como las bases para ejercer la atribución a nivel local, en vez de ampliar el reconocimiento de capacidades reglamentarias a favor de las instancias subnacionales, en DÍAZ Y DÍAZ, *México en la vía del federalismo cooperativo. Un análisis de los problemas en torno a la distribución de competencias*, en BARRA MEXICANA COLEGIO DE ABOGADOS, *Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando*, México, 1996,167.

son los únicos que establecen acuerdos con la federación o con otros gobernadores para repartirse recursos y competencias por esta vía.

Por último, durante las pasadas dos décadas, otro factor económico tampoco sirvió como detonante del desarrollo regional. Más bien sirvió para potenciar la corrupción a niveles nunca antes vistos. Se pensó que el boom petrolero de finales del siglo XX y la abundancia inesperada de recursos (por el aumento en los precios del barril de petróleo) sería benéfica para el país. Pero los ingresos extraordinarios no mejoraron la situación; más bien la empeoraron, al representar un incentivo para sobreendeudar a las administraciones estatales y municipales.

Entre 2000 y 2014, período en que la hacienda nacional se vio beneficiada por un superávit petrolero del orden de los 355 billones de dólares (equivalentes en términos actuales a siete veces el Plan Marshall, que sirvió a la economía europea para reactivar a los países devastados al cabo de la Segunda Guerra mundial), los gobiernos locales y municipales desaprovecharon la oportunidad de hacer inversiones productivas (en infraestructura). Las transferencias federales recibidas sirvieron para solicitar préstamos. De suerte que la crisis económica que enfrentan numerosas administraciones subnacionales se anuncia como uno de los principales signos del estrepitoso fracaso del modelo federal mexicano de los últimos años⁶⁶.

Paradójicamente, el intento de avanzar hacia un esquema cooperativo, donde se pudieran atribuir nuevas competencias a las instancias locales, intensificó el proceso centralizador, ante la falta de capacidad para ejercerlas en la esfera más cercana al ciudadano.

Por la complejidad de los problemas y la marcada disparidad entre ámbitos de gobierno, nuestro esquema federal contrajo los males que con frecuencia aquejan al Estado unitario: sobrecarga, saturación, distanciamiento, pérdida constante de la visibilidad de la responsabilidad política de los funcionarios federales por la lejanía que generan frente a la sociedad .

En suma, la coordinación fiscal propició un efecto pernicioso entre las administraciones locales, consistente en el predominio de desincentivos recaudatorios a cambio del dispendio irresponsable de los recursos (lo que se conoce como *pereza fiscal*). Esto último generó autoridades locales que esquivan los costos políticos de la recaudación directa a cambio de recibir fondos federales (incontrolados e incontrolables). Y aunque se generan

⁶⁶ AGUILAR, *Nocturno de la democracia mexicana*, en *Nexos*, mayo, 2016.

costos, éstos no fueron asumidos por los agentes subnacionales: a cambio, éstos últimos sabían que las transferencias federales se definirían desde las oficinas centrales, por lo que el único costo real será la disminución de una autonomía propia, que les permita atender intereses regionales⁶⁷.

Adicionalmente, la presencia de estos fondos federales intensificó el aspecto competitivo de nuestro federalismo sin dotarnos de mecanismos de control, al propiciar las componendas entre gobernadores. El desequilibrio en las finanzas públicas se incrementó por la falta de responsabilidad política y jurídica de los funcionarios; por la desarticulación entre ingresos, gastos y la posibilidad de endeudamiento poco acotada (sobre todo para los gobernadores). Prueba de lo anterior son los desfalcos reiterados y sin sanción ocurridos en administraciones estatales y municipales, sólo durante los pasados cinco años. Actualmente, doce ex gobernadores están prófugos, procesados criminalmente o condenados por malversaciones billonarias, en dolares.

4. Reflexiones finales

Al dirigir programas desde el centro, no se ha disminuido la dependencia de los estados frente a la federación. Más bien al contrario. Pues la federación transfiere una competencia, pero está menos dispuesta a transferir los recursos para darle operatividad. No existen medios de control y evaluación del gasto público a nivel local sobre las transferencias federales etiquetadas para gastos específicos.⁶⁸

La estrategia de reforzar el esquema de las relaciones intergubernamentales hacia la mayor dotación de recursos a los estados (desde el centro) ha fomentado en realidad la imposición de soluciones paternalistas que conducen a comprometer la autonomía estatal. En el estado actual de cosas, la eficiencia de un gobierno estadual es una mera apreciación partidista; la Cámara de Diputados no dispone de facultades claras de vigilancia sobre el ejercicio de transferencias federales a nivel local. Se condicionan las políticas de proximidad a ejercicios de

⁶⁷ Los ingresos propios de las entidades federativas se redujeron, de un 17% a un 14% de los ingresos totales estatales; por virtud de la economía petrolizada, el porcentaje de las transferencias federales a los estados no bajó del 80% en todos los estados de la República, en CABRERO MENDOZA, *La trampa del Federalismo fiscal*, en *Nexos*, noviembre, 2008.

⁶⁸ Por ejemplo, en materia penitenciaria, muchos gobernadores reciben esos fondos federales y los gastan en otras necesidades estatales, no obstante estar etiquetados. Pues políticamente, es poco redituable si se aseguran o no las condiciones de vida de las personas en reclusión.

participación ciudadana muy poco institucionalizados, con tintes clientelares o carentes de carácter vinculante (por citar los presupuestos participativos en la Ciudad de México). Por último, en el plano de las relaciones intergubernamentales, se ha dado una circunstancia que tiende a anular la influencia de los gobiernos estatales frente a la federación⁶⁹. El nivel estatal queda como una simple correa de transmisión de la información, o en el mejor de los casos, como instancia operativa y coordinadora de programas estatales. Pero con poca o nula autonomía de gestión.

Valdría la pena reconsiderar el papel que pueden desempeñar órganos de representación en esta interlocución entre ámbitos de gobierno. Pues ni el Senado se ha erigido en una auténtica Cámara Federal, ni las instancias políticas como la CONAGO han logrado institucionalizar su actividad al grado de asumirse como responsables de la política nacional de distribución de tareas. La rama judicial tampoco ha asumido su responsabilidad de última instancia de los litigios a nivel local. En gran medida debido al desarrollo del juicio de amparo, que históricamente centraliza la justicia en los órganos judiciales federales. En suma, el poder del presidente de la república se amplía en la medida que la herramienta federal no funciona. Hemos visto que su disfuncionamiento obedece a causas históricas muy remotas; pero sobre todo a la falta de voluntad política de los actores.

⁶⁹ Por ejemplo, al establecer competencias que de facto se negocian directamente, entre el municipio y la federación, haciendo inútil la interlocución estatal en la asignación de estas competencias, CEJUDO, *La construcción de un nuevo régimen de rendición de cuentas en las entidades federativas*, 2009.

GIURISPRUDENZA

**L'IMMERITEVOLEZZA DEI PRODOTTI "FOR YOU" E "MY WAY":
ANCORA UNA "SCONFITTA" PER MPS.
LA NUOVA ORDINANZA N. 29985 DEL 13/12/2017 DELLA CASSAZIONE**

Pierluigi Montella

*Dottorando di ricerca - Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

CASSAZIONE CIVILE, Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 29985 – Pres. Scaldaferrì – Rel. Acierno – MPS c. VD

Contratto – Contratto di investimento – Collegamento contrattuale – Insussistenza Contratto atipico – Sussistenza – Meritevolezza dell'interesse – Valutazione – Insussistenza – Conseguenza – Nullità.

In tema di autonomia contrattuale, non è meritevole di tutela ex art. 1322, comma 2, c.c., in quanto si pone in contrasto con i principi di cui agli art. 38 e 47 cost., sulla tutela del risparmio e l'incentivo delle forme di previdenza, anche privata, l'interesse perseguito mediante il contratto atipico <<for you>>, fondato sullo sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali dell'utenza da parte di operatori professionali ed avente ad oggetto il compimento di operazioni negoziali complesse, relative alla gestione di fondi comuni, che comprendano anche titoli di dubbia redditività, il cui rischio sia unilateralmente trasmesso sul cliente, al quale, invece, il prodotto venga presentato come rispondente alle esigenze di previdenza complementare, a basso rischio e con libera possibilità di disinvestimento senza oneri

Con l'ordinanza 29985/2017 la Cassazione ha nuovamente esaminato il tema dei prodotti finanziari "My Way" e "For you", veri e propri contratti di investimento diffusi presso il pubblico sotto le mentite spoglie di piani previdenziali. Nell'articolo, dopo una breve descrizione di tali prodotti, viene affrontato il tema della meritevolezza dei contratti atipici, vero e proprio "ariete" attraverso il quale la Corte ha dichiarato la nullità dei prodotti in questione condannando la banca a restituire quanto indebitamente percepito.

With the ordinance 29985/2017, the Court of Cassation once again examines the issue of the "My Way" and "For you" financial products, real investment contracts disseminated to the public under the guise of social security plans. The article, after a brief description of these products, the issue of the merit of atypical contracts, a real "ram" through which the Court has declared the nullity of the products in question condemning the bank to return what has been unduly received.

1. Poco prima della fine dell'anno, la Suprema Corte di Cassazione ha rigettato, confermando la sentenza di secondo grado, il ricorso proposto dal gruppo bancario "*Monte dei Paschi di Siena*" S.p.a.. Durante il primo grado di giudizio, un investitore aveva convenuto in giudizio la banca chiedendo la declaratoria di nullità del contratto di investimento stipulato avente ad oggetto il prodotto finanziario denominato "*For you*". Il Tribunale di Napoli con sentenza del 29.06.2011, aveva accolto la domanda di nullità per violazione dell'art. 21 *ex d.lgs. 58/1998*, condannando la banca a restituire quanto illegittimamente percepito.

La banca aveva proposto appello, ma questo era stato rigettato con sentenza dell'11.11.2014 dalla Corte di merito, sia pure con motivazione diversa da quella del giudice di primo grado. I giudici avevano ricondotto la nullità del contratto al fatto che si trattasse di un'operazione atipica non idonea a perseguire interessi meritevoli di tutela¹.

Tale decisione, come si diceva innanzi, è stata confermata dalla Corte di Cassazione, che riportandosi ad altri suoi precedenti conformi², ha rigettato il ricorso.

L'analisi della sentenza della Cassazione in commento deve naturalmente partire dalle caratteristiche del prodotto finanziario denominato "*For you*"

¹ Il tema dell'invalidità dei contratti atipici di intermediazione finanziaria è stato esaminato più e più volte dalla giurisprudenza di legittimità. Per la verità, nelle note sentenze gemelle nn. 26724 e 26725 la Cassazione individua i profili di responsabilità degli intermediari sia in relazione al momento antecedente la stipulazione del contratto, sia in quello successivo quando la regolamentazione tra le parti è già in essere. La Suprema Corte, infatti, sottolinea come la violazione dei doveri informativi gravanti su chi propone un servizio di investimento legittima il cliente a richiedere l'eventuale risarcimento del danno subito a titolo di responsabilità precontrattuale. Al contrario, laddove dovessero verificarsi violazioni inerenti alle operazioni, in qualsivoglia modo siano intese, oggetto del contratto di investimento, allora si paleserà una responsabilità di tipo contrattuale, con susseguente risoluzione del contratto medesimo. La Corte ha quindi categoricamente escluso, nelle decisioni prese, che possa essere dichiarata la nullità del contratto, soprattutto in presenza di "*semplici*" violazioni dei doveri di informazione, come spesso denunciato dagli investitori nelle fattispecie riguardanti i *My way* e i *For you*, poiché mancherebbe una violazione di norme imperative cui ricollegare la nullità *ex art. 1418 c.c.* . Cfr. BUONANNO L., *Immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante un contratto atipico di finanziamento: nullità o inefficacia?*, in i *Contratti*, n. 10, 2016, pagg. 900 e ss.

Se si confrontano tutti i ricorsi che hanno condotto alle decisioni della Corte relative ai contratti di cui ci stiamo occupando, è possibile notare che la violazione dei doveri di comportamento da parte degli intermediari è sempre posta in non cale rispetto al tema sempre ricorrente dell'immeritevolezza delle pattuizioni impugnate.

² La S.C. nella sua ordinanza ha richiamato, in particolare, le sentenze nn. 19599/2015, 2900/2016, 3949/2016 e 4907/2017.

per poi rapportarlo alle disamine dottrinali concernenti l'orientamento formatosi relativamente all'art. 1322 del Codice civile, nonché alla nutrita casistica giurisprudenziale creatasi su di un prodotto che non ha mancato di sollevare numerose polemiche, sin dai primi momenti della sua commercializzazione.

Tale prodotto, insieme ai suoi "gemelli" denominati "My way"³, "Piano Visione Europa" et similia (con sovrabbondanza di nomi accattivanti⁴), prevede un mutuo oneroso di lunga o lunghissima durata. Tale somma, tuttavia, non viene di fatto erogata al mutuatario, poiché contestualmente alla stipula del contratto di investimento, quest'ultimo deve necessariamente effettuare un investimento finanziario, il più delle volte⁵, in obbligazioni.

³ Recentemente, una sentenza di merito, precisamente quella del Trib. Napoli n. 12298 del 19 dicembre 2017, ha dichiarato la nullità di tre contratti sottoscritti da un consumatore il quale aveva, nell'anno 2000, deciso di investire i suoi risparmi in quello che reputava essere un piano di risparmio – a causa della presentazione che veniva fatta dall'intermediario creditizio – e che invece, come il giudice di primo grado ha statuito, altro non prevedeva che: "[...] tre distinte operazioni in rapporto di collegamento: 1) l'acquisto di obbligazioni European Investment Bank; 2) la sottoscrizione di quote di fondo comune di investimento; 3) la concessione di un finanziamento per l'acquisto dei predetti titoli obbligazionari e delle predette quote di Fondo comune, garantita da tali strumenti finanziari e con assistenza di una polizza assicurativa. Alla restituzione del finanziamento [...] deve provvedere mediante il pagamento di rate costanti dell'importo unitario di € 309.87 (£ 600.000) e per 30 anni". L'attore di tale controversia aveva richiesto che il Tribunale dichiarasse la nullità del contratto per contrarietà alla norma imperativa costituita dall'art. 1322, poiché gli stessi, così come erano strutturati, trasferivano tutta l'alea dell'operazione a carico del solo investitore, cosa che aveva indotto la Cassazione, ancor prima dell'ordinanza che si va a commentare e della sentenza appena citata, a dichiararne la nullità, ancorandosi ad un *leit motiv* ormai ricorrente (cfr. Cass. civ., n. 4907 del 27 febbraio 2017), secondo la quale il contratto *My way*: "[...] si risolve in un contratto atipico che non è diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, e deve perciò essere dichiarato radicalmente nullo, poiché esso comporta uno squilibrio enorme tra le controprestazioni, a favore di un operatore specializzato e professionale qual è la banca. Tale contratto, infatti, pone l'alea dell'operazione in capo al solo risparmiatore, il quale a fronte dell'obbligo di restituire le somme mutate a un saggio d'interesse non tenue, non ha una certa prospettiva di lucro, al contrario della controparte bancaria [...]".

⁴ La somiglianza di tali prodotti tra loro è stata pienamente accertata da parte di alcune sentenze della Corte di Cassazione, come si vedrà *amplius* nel proseguo della lettura del testo. Cfr. per una breve descrizione degli stessi, DOLMETTA A.A., «My way», «For you», «Piano visione Europa» e Corte di Cassazione, ne "IL CASO.it", 4 luglio 2016, pagg. 1 e ss.

⁵ Nella maggior parte dei casi che sono stati sottoposti al vaglio della giurisprudenza, infatti, il denaro erogato all'investitore poteva essere investito sia in titoli obbligazionari, che in quote di fondi comuni di investimento. Cfr. da ultimo proprio Trib. Napoli n. 12298/17, ma vd. anche Cass. n. 17869/2017; Trib. Ancona nn. 893/2017 e 894/2017; App. Venezia n. 353/2017; Trib. Salerno n. 581/2017; Trib. Padova n. 1149/2017.

Tali titoli ⁶ vengono offerti in sottoscrizione se non ancora emessi, o in vendita se già sul mercato, dalla medesima banca mutuante oppure da altro intermediario appartenente allo stesso raggruppamento.

Il contratto di investimento, come riconosciuto dalla giurisprudenza, rientra nel *genus* dei negozi complessi⁷, costituiti da molteplici negozi giuridici ai quali va poi ascritta, in effetti, una causa unica che si differenzia dalle singole cause dei negozi singolarmente considerati⁸. Per tale motivo,

⁶ Del tipo cd. “zero coupon”.

⁷ È ovvio che, nell'emergere nella pratica degli affari di esigenze sempre più diversificate e strutturate, sia stato necessario avvalersi dell'art. 1322 c.c. per la creazione della figura dei cd. contratti complessi: tale fattispecie ricorre nel momento in cui singole prestazioni sono collegate (o collegabili) dalle parti all'interno di un unico contratto unico ed unitario strutturalmente e funzionalmente. Tale contratto è rappresentato da una volontà negoziale espressa in un medesimo contesto e racchiusa all'interno di uno stesso atto, ma che consente di ricondurre le prestazioni a diversi tipi negoziali. Come evidenzia la Cassazione in una nota sentenza (la n. 7074/2006), le prestazioni così “combinare”, come ad esempio i prodotti finanziari di cui ci occupiamo in questo scritto, sono impossibili da ricondurre *singulatim* ad un'unica causa indipendente dalle altre, poiché esse sono tra loro inscindibilmente collegate, dato che sono “dirette al raggiungimento di un intento negoziale unico”. È tipico della nostra economia dei servizi che le due o più parti di un contratto programmino il complessivo assetto contrattuale, formato appunto da un insieme di obbligazioni, in vista del risultato finale da perseguire. Diverso ancora è il contratto misto. Cfr. per un ampio approfondimento QUADRI E. - BOCCHINI F., *Diritto privato*, IV Ed., Giappichelli, Torino, 2011, pagg. 744 e ss. Essi derivano dalla commistione di due o più istituti, dando luogo ad una tipologia contrattuale completamente nuova e diversa. Secondo altri, invece, tra contratti complessi e misti vi sarebbe un rapporto di genere a specie, con i primi che avrebbero un portato normativo più ampio tale da ricomprendere elementi anche non essenziali dei singoli negozi. Altra autorevole dottrina, invece, ritiene le due tipologie contrattuali perfettamente sovrapponibili. Cfr. ad esempio BIANCA C.M., *Diritto Civile*, Vol. 3, II Ed., Giuffrè, Milano, 2015, pagg. 478 e ss.

Da ultimo, anche la giurisprudenza (con Cass. 29111/2017) si è pronunciata sull'argomento. Cfr. CALVETTI S., *Plurime operazioni di investimento e disinvestimento: si tratta di contratto complesso?*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 198, 2017, pag. 10, in cui si afferma che: “I contratti complessi sono contrassegnati dall'esistenza di una causa unica, che si riflette sul nesso intercorrente tra le varie prestazioni con un'intensità tale da precludere che ciascuna delle predette prestazioni possa essere rapportata ad una distinta causa tipica e faccia sì che le predette prestazioni si presentino tra loro organicamente interdipendenti e tendenti al raggiungimento di un intento negoziale oggettivamente unico.”

⁸ Se alcune sentenze parlano di negozio complesso, la maggior parte della giurisprudenza ha invece ricondotto la fattispecie *de quo* a quella dei contratti atipici, come sarà possibile notare *infra* nel proseguo del lavoro e come ci sentiamo di condividere. Come evidenzia autorevole dottrina, tuttavia, in relazione al giudizio di meritevolezza (profilo esaminato dalla Corte relativamente ai contratti oggetto della nostra attenzione e del presente articolo), la decisione circa l'unitarietà o meno del contratto potrebbe non risultare decisiva, poiché si è giustamente evidenziato come il collegamento contrattuale presenti una propria causa, diversa

nel caso di specie, i due contratti si condizionano a vicenda, poiché l'uno non potrà venire ad esistenza senza l'altro⁹: in altre parole, la somma erogata (primo contratto) dovrà essere utilizzata solo ed esclusivamente per acquistare i titoli obbligazionari e, eventualmente, per le quote di un fondo comune di investimento (secondo contratto). L'elemento più critico di tutta la complessa alchimia finanziaria appena esposta è rappresentato dal pegno regolare che viene ad essere costituito obbligatoriamente sui titoli acquistati dal mutuatario/investitore, costituendo essi stessi la garanzia della restituzione del mutuo. Stante la garanzia pignorizia il cliente non ha alcuna possibilità di intervenire sui modi e termini del suo investimento, quand'anche esso andasse a subire, nel corso del tempo, sostanziali fluttuazioni di valore. Chiude la complessa operazione la previsione di un conto corrente dedicato al transito di tutti i movimenti di dare e avere scaturenti dal rapporto collegato di mutuo e investimento, con ulteriori costi per il cliente connessi alla sua accensione e poi gestione.

Il prodotto *For You* oggetto dell'ordinanza della Cassazione in analisi è per molti elementi identico (nella presentazione dell'offerta contrattuale, nei contenuti, finanche nei *dépliant* volti alla presentazione pubblica) al prodotto *My way*. Ad esempio: entrambi sembrerebbero denotarsi come piano previdenziale¹⁰, essendo proposti al pubblico come piano pensionistico¹¹. Un

da quella dei contratti collegati; da tale punto di vista, occorrerebbe valutare anche la meritevolezza della causa dell'operazione generale. Di talché, laddove i prodotti in questione dovessero essere considerati come negozio complesso, il giudizio di meritevolezza dovrebbe essere effettuato in relazione all'intera operazione economica considerata. Cfr. FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pagg. 402 e ss.

⁹ Cfr. DOLMETTA A.A., «*My way*», «*For you*», cit., pag. 2.

¹⁰ Per le pagine che seguiranno, soprattutto relativamente alla disamina della natura del giudizio di meritevolezza, ci siamo affidati al saggio di FORNASARI R., *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari My way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio*, in *Contratto e impresa*, n. 4, 2017. In questo momento, tuttavia, è d'uopo richiamare la riflessione del lettore sulla natura (poco) previdenziale dei prodotti *My way*, contenuta *ivi*, pagg. 1302 e ss., e i suoi rapporti con il giudizio di meritevolezza. Onde verificare se tale natura previdenziale rientri nel sindacato sulla meritevolezza, è necessario verificare come tale "obiettivo" rientri o meno nello scambio, e quindi nella causa, dedotta nel contratto medesimo; se tale funzione, infatti, non dovesse incidere sull'elemento causale del contratto, secondo l'Autore, condivisibilmente, la sua violazione non rilevarebbe ai fini del giudizio suindicato ma, tutt'al più, soltanto in rapporto ai vizi del consenso e/o alle regole di comportamento cui devono necessariamente attenersi gli intermediari finanziari.

Come si è avuto modo di sottolineare *supra* in questo lavoro, è necessario focalizzarsi su come il contratto di investimento dovrebbe realizzare questa funzione previdenziale: essa si traduce nel fatto che il prodotto dovrebbe generare, nel lungo periodo, rendimenti che possano entrare nelle disponibilità dell'investitore e che siano maggiori rispetto al totale dei costi

ulteriore elemento che denota la somiglianza dei prodotti in oggetto, è data dalla “*assenza*” pressoché totale del cliente: sia dal punto di vista decisionale, poiché questi, come si è detto, non ha alcun potere di stabilire in quali titoli, obbligazioni o quote di un fondo comune investire la provvista del mutuo, ma anche (e soprattutto) nella fase della materiale disponibilità delle somme, poiché il mutuo è destinato esclusivamente all’acquisto dei titoli appena menzionati.

A giusta ragione la dottrina segnala¹² la sentenza del Tribunale di Brindisi dell’8 luglio 2008, nella quale il giudice pugliese ha evidenziato come la banca, con la vendita dei prodotti *My way* e *For you*, riesca ad autofinanziarsi, riuscendo a vendere titoli che altrimenti avrebbero trovato una difficoltosa collocazione, lucrando in tal modo su di un’operazione volta a proprio ed esclusivo favore¹³. Ed in effetti il Tribunale correttamente

soportati per effettuare l’operazione. Soltanto così, in effetti, risulterebbe conveniente per l’investitore sacrificare parte dei propri risparmi. Ora, se davvero la funzione previdenziale fosse realizzata, i prodotti offerti dovrebbero presentare un basso profilo di rischio, al di là della ineliminabile alea contrattuale insita in qualunque pattuizione. Rischio che, invece, rimane elevatissimo e soltanto a carico dell’investitore, dati i guadagni certi che comunque la banca riesce a realizzare. Ecco quindi che la funzione previdenziale, lungi dall’essere la semplice “*motivazione*” per la quale il cliente è spinto ad investire, oppure frutto dell’eventuale dolo da parte dell’intermediario che artatamente ha convinto l’investitore a concludere quel contratto, presuppone “[...] *una determinata struttura dello scambio tra prestazioni, astrattamente meritevole, che però in concreto non è quella propria del contratto. [...]*” L’investitore, quindi, si è obbligato ad eseguire una determinata prestazione in cambio di un’altra, che dovrebbe costituire il risparmio per il suo futuro, che nei fatti non esisterà mai.

Da qui la legittimità del sindacato della Corte in merito al giudizio di meritevolezza sulla funzione previdenziale, dato che quest’ultima entra a far parte, anche se solo sul piano astratto, della causa del contratto di investimento.

¹¹ Al contrario, come indica sempre DOLMETTA A.A., *op.cit.*, pag. 3, questa sorta di maschera non è presente per il prodotto “*Piano visione Europa*”, poiché esplicitamente il mutuo viene proposto come finanziamento, e la somma va restituita in un’unica volta allo scadere del termine indicato nel contratto: i versamenti periodici anche in questo caso previsti, infatti, altro non costituiscono che il pagamento degli interessi di preammortamento, mentre la sorte capitale viene restituita, come si diceva, alla fine del rapporto.

¹² Cfr. DOLMETTA A.A., *op.cit.*, pag. 4 nt. 5.

¹³ “*Il negozio che si articola nella concessione da parte della banca proponente l’investimento di un finanziamento destinato esclusivamente all’acquisto di particolari strumenti finanziari riconducibili alla banca stessa non può essere qualificato come mutuo semplice né come mutuo di scopo; ciò in quanto caratteristica precipua del mutuo è rappresentata dalla messa a disposizione di una somma di danaro in capo al mutuatario, il quale ne acquista la proprietà, con l’obbligo di restituirla alla scadenza; il contratto suddetto si pone quindi come contratto atipico, la cui causa è da ricercarsi non solo e non tanto nel finanziamento di somme di danaro da parte della banca proponente l’investimento quanto*

individua che a fronte di un interesse annuo della banca pari al 6.20 %, l'investitore sottoscrive un contratto nel quale si afferma che *“le operazioni eventualmente eseguite su strumenti finanziari non negoziati in mercati regolamentati possono comportare gravi difficoltà di liquidare gli strumenti finanziari acquistati e comunque di valutarne il valore effettivo”*. Ciò significa, appunto, che l'alea dell'investimento va a ricadere interamente sul cliente della banca, poiché al contrario, in un modo o nell'altro (attraverso il collocamento dei titoli propri e/o la remunerazione derivante dagli interessi puntualmente pagati), è comunque sempre assicurato il guadagno dell'istituto di credito.

Più nel dettaglio, con riferimento ai prodotti summenzionati, la giurisprudenza ha evidenziato come il rendimento dei prodotti finanziari MPS funzioni in questo modo: l'investitore (sempre non professionale, dato che il contratto era offerto in sottoscrizione a soggetti interessati ad un piano di accumulo a fini previdenziali) riceve il mutuo e, tramite l'investimento effettuato, dovrebbe ottenere rendimenti che dovrebbero essere, in teoria, maggiori degli interessi versati al mutuante; su tali rendimenti dovrebbe realizzarsi il guadagno dell'investitore che conclude il contratto, realizzando così la funzione previdenziale che il contratto stesso *“dovrebbe”* avere¹⁴. L'intermediario, invece, riceve gli interessi sulle somme mutate, il pagamento dell'intermediazione dei singoli ordini e la garanzia della restituzione del finanziamento tramite il pegno sui titoli. Inoltre, laddove i titoli acquisiti siano di società controllate o collegate, la banca beneficerà di una sorta di finanziamento in via indiretta proprio grazie alla collocazione dei propri titoli¹⁵. È evidente, allora, che le concrete modalità attraverso le quali il *My way* è stato strutturato hanno generato numerosissime

piuttosto anche nella vendita di particolari prodotti finanziari da parte della banca medesima; simile contratto realizza una figura sinora ignota al panorama giuridico italiano, quella cioè del contratto aleatorio unilaterale, nel quale l'alea è tutta concentrata nella sfera giuridica del risparmiatore che paga un saggio di interesse fisso con il concreto rischio di perdite anche eccedenti l'esborso originario; l'insanabile squilibrio iniziale tra le prestazioni oggetto del sinallagma contrattuale rende allora l'intero contratto in esame radicalmente nullo, per sua contrarietà alle previsioni di cui agli art. 1322-1343 c.c., non essendo detto negozio volto alla tutela di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico; ciò in quanto l'ordinamento non può ammettere la validità di contratti atipici che, lungi dal prevedere semplici modalità di differenziazione dei diversi profili di rischio, trasferisca piuttosto in capo ad una sola parte tutta l'alea derivante dal contratto.” Vd. *amplius* Repertorio Foro Italiano, 2008, Contratto in genere [1740], n. 350.

¹⁴ Cfr. FORNASARI R., *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari My way*, cit., pag. 1293.

¹⁵ Cfr. Trib. Brindisi, sent. del 21 giugno 2005.

problematiche, alla base dell'ampio contenzioso avente ad oggetto i prodotti in questione. Difatti, valutando le diverse obbligazioni dei contraenti, si coglie che lo scambio che il contratto è teoricamente diretto a realizzare risulta sostanzialmente alterato nella pratica, poiché da un lato vengono posti, come si è visto, a carico dell'investitore tutti i rischi legati all'operazione di investimento; dall'altro i rendimenti garantiti dai titoli acquistati risultano inferiori rispetto ai costi sostenuti dal risparmiatore, cosicché l'operazione comporta per l'investitore stesso una perdita, non un guadagno.

2. È chiaro, quindi, che l'utilizzazione effettiva di questi prodotti così strutturati e dai tratti così peculiari, inevitabilmente ha indotto il profilarsi di alcuni problemi in relazione alla loro tenuta giuridica, problemi che sono approdati, com'era naturale che fosse, all'attenzione della giurisprudenza di legittimità¹⁶. Se però è lapalissiano che, in virtù di quanto spiegato nei paragrafi che precedono, le più recenti pronunce si siano orientate alla tutela degli investitori e quindi all'assoluta invalidità giuridica dei prodotti in commento, dall'altro alcune più risalenti sentenze, avevano invece mostrato una certa "apertura" verso gli stessi¹⁷ (orientamento, peraltro, che non ha

¹⁶ Cfr. DOLMETTA A.A., *op.cit.*, pagg. 6 e ss.

¹⁷ Si veda, ad esempio, Cass. 21600/2013, nella quale viene respinto il ricorso di uno dei soggetti, poiché è ritenuta inammissibile (anche perché estraneo, fondamentalmente, alle questioni sollevate nel merito) la doglianza concernente l'esistenza di uno squilibrio del rapporto contrattuale nella sua interezza.

Ci sentiamo di dissentire, almeno nel merito, da questa affermazione. Se è pur vero che la Suprema Corte è giudice del diritto e non del fatto, è altrettanto lapalissiano che lo squilibrio del rapporto contrattuale va valutato alla luce di una corretta sussunzione della fattispecie concreta all'interno della previsione astratta delineata dall'art. 1322 c.c. Il Giudice del terzo grado di giudizio avrebbe allora dovuto e potuto accogliere la doglianza della parte relativamente ad uno squilibrio delle prestazioni tale da ritenere non meritevole di tutela il regolamento contrattuale e quindi nullo per violazione di norme imperative.

Meno a noi risalente è la sentenza 16049/2012, con nota di GUADAGNO S., *I piani finanziari complessi tra tipicità e giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2013, pagg. 286 e ss., la quale, negando ancora una volta tutela al soggetto investitore, ribadisce l'irrelevanza ai fini di un'eventuale pronuncia di nullità, della violazione degli obblighi di comportamento (per i quali vedi *infra* in questo articolo), escludendo che la rischiosità dell'operazione oggetto della sentenza possa essere da solo causa della declaratoria di nullità del contratto, *sub specie* della non meritevolezza *ex art. 1322 c.c.* dell'assetto contrattuale delineato. In effetti, l'autrice della nota a sentenza si allinea a quella parte della giurisprudenza (perlopiù di merito) che ravvisa non un contratto atipico ma un collegamento negoziale, realizzatosi attraverso molteplici contratti che conserverebbero la loro causa autonoma e distinta. Non solo: secondo Guadagno, dietro al giudizio di meritevolezza utilizzato grazie alla norma su richiamata del Codice, si celerebbe un - a suo dire - incongruo

mai ricevuto molto credito presso le Corti territoriali competenti nel merito).

Alcuni autori¹⁸ hanno suddiviso le decisioni della Corte di legittimità in due “*filoni*”, a seconda delle censure mosse dai giudici ai prodotti *de quo*. Il primo filone si incentra sulla nullità per omesso richiamo nei testi contrattuali della facoltà di recesso a favore del cliente richiesta per il collocamento dei prodotti finanziari fuori dalla sede dell'emittente, *ex art. 30, comma sesto, Tuf*¹⁹: si veda, ad esempio, Cass. 1584/2012 (*For you*),

sindacato giudiziale sulla convenienza economica del contratto, dato il nostro sistema giuridico che, al contrario, esalta l'autonomia privata come l'unica in grado di pervenire al compromesso più conveniente tra gli opposti interessi delle parti contrattuali. E del resto, non potrebbe *a fortiori* applicarsi il giudizio di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.*, dato che l'autrice nega che ci si trovi dinanzi ad un contratto atipico, aderendo a quell'orientamento minoritario (e da noi non condiviso in questa sede) che giustificerebbe la tipicità dei prodotti *My way, For you* etc.. Ciò grazie all'art. 1, co. 6., lett. c del Tuf, il quale tra i cd. servizi accessori rimanda all'allegato I della legge, che contempla *expressis verbis* la “*concessione di crediti o prestiti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a uno o più strumenti finanziari, nella quale interviene l'impresa che concede il credito o il prestito*”. Secondo tale autrice e secondo la dottrina minoritaria che qui si richiama, di fronte alla violazione, da parte della banca, degli obblighi di correttezza e diligenza, la soluzione prospettata sarebbe, laddove ve ne siano i presupposti sostanziali e processuali, la risoluzione o il risarcimento del danno (in forza del principio, richiamato dalla stessa autrice della nota a sentenza, ribadito anche da Cass. nn. 26724 e 26725 del 2007, della non interferenza tra regole poste per la validità del contratto e regole implicanti responsabilità risarcitoria a carico dell'autore della violazione).

¹⁸ Cfr. DOLMETTA A.A., *op. cit.*, pagg. 7 e ss.

¹⁹ L'articolo *de quo* è richiamato anche nella recentissima sentenza del Trib. di Napoli del 19 dicembre 2017, la quale, dopo aver individuato la nullità dei contratti a causa dell'esito negativo del giudizio di meritevolezza, procede ad esaminare un altro vizio parimenti censurabile all'interno del contratto di investimento *My way* sottoscritto dal cliente: la mancanza, all'interno della proposta contrattuale, dell'enunciazione del diritto di recesso. Com'è noto (e le innovazioni apportate dalla MiFID II non hanno inciso in merito) sin dall'introduzione di tale facoltà a beneficio del cliente, questi ha diritto di venire a conoscenza della possibilità, entro sette giorni decorrenti dalla stipulazione del contratto, di recedere dallo stesso, e la legge sanziona espressamente con la nullità l'accordo raggiunto laddove l'intermediario ometta, all'interno del formulario propinato al cliente, di porre alla sua attenzione tale eventualità; con nullità eccezionale soltanto dal cliente. Come il giudice di prime cure correttamente rileva, già le Sezioni Unite hanno evidenziato come il diritto di recesso accordato all'investitore *ex art. 30, co. 6 del Tuf*, e la relativa e susseguente declaratoria di nullità, trovi applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario stesso in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la vendita sia avvenuta su esecuzione di ordini impartiti dal cliente in esecuzione di un contratto quadro (sent. 13905/2013). Non solo: nella sentenza 11722/2013 qui richiamata, il giudice di Napoli ha respinto l'eccezione sollevata da banca MPS, la quale aveva chiosato che l'art. 30 *ex d.lgs. 58/1998* non si applicasse a tutti i servizi

Cass. 7776/2016 (Piano visione Europa), Cass. 4473/2016 (*My way*). Un altro filone, invece, basa il suo *thema decidendi* sulla causa in concreto, per giudicare senz'altro non meritevoli di tutela gli interessi perseguiti nei contratti stipulati, come Cass. 19559/2015 (*For You*), Cass. 22950/2015 (*My way*), Cass. 3949/2016 (*For you*).

Analizzando l'ordinanza 19559/2015, notiamo come la Corte chiarisca la indispensabilità del vaglio di meritevolezza degli interessi laddove ci si trovi dinanzi ad un contratto atipico com'è, appunto, il contratto *For you*. Tale analisi deve avere ad oggetto la cd. causa concreta, figura già nota nel nostro

di investimento, ma solo a quelli concernenti i servizi di promozione e collocamento presso il pubblico di strumenti finanziari (art. 1, co. 5, lett. c) del Tuf), ascrivendo i *My way*, al contrario, nella semplice negoziazione di strumenti finanziari (art. 1, co. 5, lett. a) e lett. b) del Tuf); il giudice di prime cure, infatti, ha inteso richiamare una sentenza della Cassazione, precisamente la n. 7776/2014, la quale invece ritiene applicabile la disciplina del recesso *ex art. 30, co. 7, del Tuf* sia alla “[...] vendita di strumenti finanziari per i quali l’intermediario ha assunto un obbligo di collocamento nei confronti dell’emittente, sia nel caso di mera negoziazione di titoli [...]”. Per la verità, autorevole dottrina (cfr. ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli, Milano, 2017, pagg. 194 e ss.) critica la modifica operata dal legislatore *ex art. 56 - quater* del d.l. 69/2013, che ha aggiunto al comma sesto dell’art. 30 TUF il seguente periodo: “ferma restando l’applicazione della disciplina di cui al primo e secondo periodo ai servizi di investimento di cui all’art. 1, comma 5, lettere c), c-bis) e d), per i contratti sottoscritti a decorrere del 1° settembre 2013 la medesima disciplina si applica ai servizi di investimento di cui all’art. 1, comma 5, lettera a)”. La ratio di tale modifica è da ricercare nella volontà di cercare un compromesso tra la previgente formulazione del comma sesto *ex art. 30*, e l’interpretazione giurisprudenziale avvenuta ad opera delle Sezioni Unite nella suaccennata sentenza n. 13905/2013, la quale aveva inteso il termine “collocamento” in senso ampio, ricomprendendovi qualsivoglia operazione implicante la vendita all’investitore di strumenti finanziari, ritenendo di conseguenza applicabile la disciplina in tema di *ius poenitendi* anche a quei contratti, conclusi fuori sede, aventi ad oggetto i servizi di negoziazione per conto proprio, insieme all’esecuzione di ordini per conto dei clienti e alla ricezione e trasmissione di ordine, in aggiunta a quanto la norma *ante* 2013 prevedeva in riferimento al solo collocamento di strumenti finanziari ed alla gestione di portafogli individuale. Tale definizione, come rileva la dottrina, non sarebbe coerente con il dato letterale, previsto dall’art. 1, co. 5, lett. c) e c-bis) del Tuf, che esplica la portata interpretativa del termine “collocamento”.

Da un punto di vista “fattuale”, inoltre, un modello così congegnato di *ius poenitendi* rischierebbe in realtà di andare contro gli interessi degli investitori. Si pensi, ad esempio, all’acquisto di uno strumento finanziario il cui valore di mercato è soggetto a pesantissime fluttuazioni dello stesso: nel lasso di tempo in cui, per sette giorni, l’ordine d’acquisto rimane sospeso per consentire l’esercizio del diritto di recesso, il prezzo dello strumento potrebbe essere notevolmente aumentato.

Proprio per ovviare a tale situazione incresciosa il legislatore ha cercato di intervenire sul tema, statuendo che anche per le negoziazioni per conto proprio *ex art. 1, co. 5, lett. a)* del Tuf si applichi il disposto dell’art. 30, co. 6, per tutti quei contratti conclusi dopo il 1° settembre 2013.

panorama dottrinale e giurisprudenziale²⁰, la quale si atteggia come “[...] *la sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato: infatti, la causa, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, non può essere che funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico - sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella*

²⁰ Cfr. FERRI G.B., *Causa e tipo nel negozio giuridico*, cit., pagg. 293 e ss. Sono moltissimi anni, infatti, come giustamente nota COSTANZA M., *For you for nothing o immeritevolezza*, in *Le Società*, n. 6, 2016, pagg. 730 e ss. che le Corti territoriali ricorrono alla teoria della causa in concreto per dichiarare la nullità dei contratti i quali, pur risultando essere la sommatoria di schemi contrattuali già presenti nel nostro ordinamento, si rilevano piegati dalle parti a finalità illecite. Come giustamente osservato da autorevole dottrina, il concetto di tipo, inteso come paradigma della funzione economico sociale del contratto, e la rappresentazione della causa come funzione economica individuale, costituiscono i presupposti teorici sui quali si fonda la nozione di causa concreta, e questa sola si presterebbe alla verifica di liceità. L'atipicità diviene, così, quell'area occupata dalle sole fattispecie contrattuali che non ritrovano alcuna regola nelle disposizioni del Codice civile o delle leggi speciali dedicate a particolari tipologie contrattuali. E non può lasciarsi nell'ombra il fatto che l'elemento della causa non esprima solo un fine economico individuale, ma anche sociale. La disciplina della risoluzione del contratto e dei vari rimedi alle disfunzioni del sinallagma contrattuale è stato sempre utilizzato per verificare le ragioni giustificatrici di uno spostamento di *asset* patrimoniali. Discutere di causa concreta, allora, significa anche condurre una verifica sull'esistenza di una causa giustificatrice di quanto pattuito, e la sua assenza, al pari dell'illeceità della causa, è stata utilizzata dalla giurisprudenza per ottenere la declaratoria di nullità del contratto stesso. È diverso ancora dall'appurare l'esistenza di una causa in concreto è appunto il giudizio di meritevolezza, il cui substrato sostanziale fondamentale è, appunto, l'atipicità del contratto posto in essere tra le parti. È questo, infatti, l'elemento fondamentale che fa sì che l'interprete, non potendosi avvalere del positivo esperimento del giudizio di meritevolezza insito nei contratti riconosciuti come tipici dal legislatore, inevitabilmente dovrà verificare, alla luce dei principi giuridici dell'ordinamento, la possibilità che tale contratto possa essere riconosciuto come meritevole di tutela. Come vedremo *infra* nel testo, quasi tutte le sentenze oggetto del vaglio di meritevolezza da parte della Cassazione, tendono a individuare il *vulnus* che inficia la validità negoziale del contratto nell'alea del contratto di investimento che graverebbe solo ed unicamente sul soggetto investitore. Non è, dunque, l'estrema aleatorietà della pattuizione il problema: il nostro ordinamento consente, entro certi limiti, il giuoco d'azzardo e la scommessa equiparandoli, in un certo senso, a momenti di intrattenimento non sempre pericolosi, e quindi a maggior ragione consente una certa aleatorietà all'interno dei contratti aventi ad oggetto i servizi di investimento; tuttavia, quando si entra nel terreno dell'atipicità, il legislatore pone a salvaguardia dei diversi interessi il giudizio di meritevolezza degli assetti contrattuali delineati al fine di respingerne eventuali distorsioni a favore dell'una o dell'altra parte.

determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale [...]”. La “*causa concreta*” perciò costituisce del resto “*uno degli elementi essenziali del negozio, alla cui stregua va valutata la conformità alla legge dell’attività negoziale effettivamente posta in essere, in riscontro [...] per i contratti atipici, della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti ai sensi dell’art. 1322 c.c. [...]*”,

E sulla base quindi della individuazione della sua causa concreta che l’operazione *For you* non supera il vaglio di meritevolezza da parte della Suprema Corte, perché come sottolinea quest’ultima, una parte posta in un’inevitabile posizione di forza all’interno del mercato mobiliare approfitta delle preoccupazioni previdenziali della propria controparte e, tramite la “*dis*”informazione contrattuale, lo convince a sottoscrivere prodotti per nulla vantaggiosi. In questo caso, un giudizio positivo di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.* era impossibile da attribuire a causa della indebita violazione, perpetrata dal contratto di investimento oggetto della controversia, degli articoli 47, co. 1°, e art. 38, ult. co., Cost., l’interpretazione dei quali esige specificatamente che le preoccupazioni previdenziali del singolo non possano essere sfruttate dagli operatori professionali mediante operazioni negoziali complesse molto rischiose. Da qui, la successiva declaratoria di nullità da parte della S.C.

Quasi specularmente, con la sentenza n. 22950 del 10 novembre 2015, la Suprema Corte di Cassazione, allineandosi all’orientamento maggioritario, riconosce la natura di contratto atipico unitario che caratterizza questa volta il prodotto *My way*, negando che ci si trovi di fronte ad un mero collegamento negoziale, data la “[...] *stretta ed indissolubile connessione tra le varie operazioni nelle quali il contratto si scompone, onde unitaria ne è la causa [...]*”²¹. Anche in questo caso, dunque, la Corte conferma la natura di ingegneria finanziaria, idonea a produrre una nuova e diversa regolamentazione di interessi tramite l’unione di diversi tipi negoziali (quali finanziamento, investimento, mandato, pegno, deposito titoli, conto corrente bancario, eventuale assicurazione per eventi che colpiscano la persona del cliente a garanzia della restituzione dell’importo mutuato).

Interessante risulta notare, in quest’ultima sentenza, come il giudice sottolinei che il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dal contratto può essere rimesso al sindacato esclusivo del giudice di merito soltanto laddove esso appartenga alla specificità del caso concreto, destinato a restare confinato nell’ambito di tale giudizio; ma, nel caso di specie

²¹ Vd. sent. 22950/2015, par. 2.1.

esaminato dalla Cassazione, essendo il contratto di investimento basato su di una serie di casi analoghi, il giudice di legittimità non può far a meno di esplicitare il suo giudizio in punto di diritto e soprattutto con finalità nomofilattiche, anche e soprattutto al fine di garantire una certa prevedibilità delle future decisioni. Il *punctum dolens*, tuttavia, del ragionamento che pone in essere la Corte, è rappresentato proprio dalla definizione di utilità del contratto, e cioè che cosa si debba intendere, in concreto, per definire come meritevole di tutela l'autoregolamentazione di interessi operata dalle parti. Gli ermellini sottolineano come una volta superato il concetto di utilità sociale, retaggio di tendenze autoritarie, ma volendo comunque distinguere la meritevolezza dal concetto di liceità, si è ricercata una specifica connotazione degli interessi "*meritevoli*" come fondamento di un atto di autonomia.

3. Le decisioni citate e di cui si sono commentati *en passant* alcuni estratti, rivelano che la giurisprudenza ha fatto ricorso sempre di più all'uso di clausole generali tra cui, come i casi esaminati hanno evidenziato, quello della meritevolezza degli interessi *ex art.* 1322, comma 2, del Codice. Tale disposizione ha avuto la sua genesi²² nell'ordinamento dirigistico dell'epoca fascista; ed ha avuto una scarsissima applicazione giurisprudenziale, a causa delle difficoltà di verificare l'utilizzo autonomo della norma rispetto ad altre disposizioni dell'ordinamento²³, come l'art. 1343 sui motivi di illiceità della causa. È da registrare, tuttavia, un'importantissima inversione di tendenza soprattutto negli ultimi anni, poiché la giurisprudenza ha cercato di effettuare un controllo più approfondito del contenuto contrattuale che prescindesse dalla semplice verifica circa la liceità dello stesso.

Come la S.C. non ha mancato di sottolineare, infatti, il giudizio di meritevolezza si sostanzia in un ulteriore filtro predisposto dall'organo giudicante, che eventualmente è svolto non sull'intero regolamento di interessi ma solo su di una sua parte, come ad esempio una clausola. La valutazione del giudice, in effetti, consentirà di verificare quale accordo contrattuale possa trovare sistemazione all'interno del nostro ordinamento giuridico e quali invece (o quali parti di essi) debbano essere necessariamente espunti. La collocazione sistematica della disposizione, tra i principi generali delle obbligazioni (Libro IV, Titolo II, Capo I del Codice civile), suggerisce che la valutazione *ex art.* 1322 c.c. debba essere effettuata

²² Cfr. FORNASARI R., *Il giudizio di meritevolezza*, op.cit., pagg. 1281 e ss.

²³ Cfr. GUARNIERI A., *Meritevolezza dell'interesse*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, XI, Torino, 1994, pag. 329.

in via generale su tutti i contratti, in relazione agli elementi fondamentali degli stessi; trascurando quindi i cd. elementi accessori della pattuizione, che come tali non possono influire sul vaglio di meritevolezza. La problematica, purtroppo, sta nel fatto che la norma non contiene elementi in base ai quali reputare degni di meritevolezza gli interessi statuiti nel contratto²⁴. Se ne deduce che tale valutazione è sempre stata foriera di notevoli incertezze²⁵.

L'introduzione di tale norma ha rappresentato un'importante novità rispetto agli ordinamenti di *civil law* e *common law*, ma anche rispetto al Codice civile del 1865. Il controllo sulla meritevolezza, insieme all'immissione di altre clausole generali (o il semplice ampliamento del loro ambito di operatività), frutto, come si diceva *supra*, di una concezione dirigistica da parte dello Stato fascista, il quale doveva fungere da arbitro non soltanto della vita pubblica, ma anche di quella privata, presupponeva un radicale cambiamento anche dell'attività posta in essere dall'organo giudicante, chiamato non più (o non soltanto) ad effettuare un'attività logica di sussunzione della fattispecie concreta, prevista dal contratto, nella norma di riferimento; ma incaricato anche di verificare la corretta corrispondenza degli interessi sottesi nell'accordo contrattuale con i valori e l'etica del modello corporativo. Tale corrispondenza biunivoca tra interessi concreti e funzione sociale è tipizzata a priori dal legislatore nei cd. contratti nominati; mentre, appunto, è compito del giudice effettuare tale verifica nei contratti atipici, per i quali l'opera "creativa" dei privati deve essere opportunamente veicolata.

Con la fine del fascismo vede la sua fine anche tale concezione dell'art. 1322, relegato ad una funzione sempre più marginale²⁶. La ragione è da ricercarsi nel fatto che dare un'autonoma valenza al giudizio di meritevolezza equivarrebbe, secondo parte della dottrina, per i motivi sopra elencati, da una parte a far soggiacere il contratto alla discrezionalità del giudice effettuante il controllo; dall'altra è vista come una superfetazione

²⁴ Cfr. COSTANZA M., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1987, pagg. 427 e ss.

²⁵ Sempre riferendoci al giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c., oltre alla giurisprudenza "famosa" sui prodotti *For you* e *My way*, i giudici di merito e legittimità hanno concentrato i loro sforzi sulle clausole *claims made* inserite nei contratti di assicurazione, brillantemente riassunti nel saggio di FORNASARI R., *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pagg. 1372 e ss.

²⁶ Torna a prevalere, insomma, un approccio più formalistico alla causa, come correttamente ricostruito dal FORNASARI R., *Il giudizio di meritevolezza*, cit., pagg. 1285 e ss.

dell'art. 1343 c.c. In tale periodo, infatti, numerosi autori sostengono²⁷ che il giudizio di meritevolezza coinciderebbe con il giudizio di liceità della causa. Tuttavia, a partire dagli anni '70 del secolo appena trascorso, la dottrina sembra riscoprire il ruolo dell'art. 1322 c.c. e del conseguente giudizio di meritevolezza non più in un'ottica di mera realizzazione degli interessi statuali, ma in una visione del contratto che esalti e realizzi i principi espressi dal dettato costituzionale volti, com'è noto, a dare centralità alla persona umana intesa come baricentro di imputazione di diritti e doveri²⁸. Sempre la dottrina riporta come la meritevolezza fosse considerata in relazione alla capacità dell'accordo di realizzare gli interessi delle parti e di conferire, quindi, risalto ai motivi del contratto.

A tali intuizioni dottrinali, tuttavia, non corrisposero altrettante applicazioni giurisprudenziali del principio²⁹: la ragione principale è da ricercarsi in una sorta di rifiuto, da parte dei giudici di legittimità e di merito, di voler superare quella che veniva considerata la signoria della volontà, e cioè il rispetto quasi assoluto, salvo le cause di invalidità enucleate, dell'autoregolamentazione delle parti. Soltanto con il progressivo mutamento del contesto normativo le Corti si sono mano a mano "assuefatte", complice i rinnovati centri di produzione delle fonti normative, non più su base soltanto nazionale ma anche europea e globale, che hanno indotto un radicale ripensamento della funzione del diritto privato, il quale non può e non deve più essere visto come, appunto, un affare di esclusiva pertinenza delle parti, ma come un mezzo di realizzazione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale e comunitario.

Ciò che più ci preme evidenziare in questa sede e che rappresenta, in ultima analisi, la più grande novità della giurisprudenza sui prodotti finanziari *My way* e *For you*, è la particolarità del giudizio condotto dagli organi giudicanti, che va oltre la semplice liceità del contratto. Nel gruppo di sentenze analizzate, e da ultimo anche una recentissima sentenza della Cassazione, la n. 31183 del 29 dicembre 2017, la Corte non asserisce la contrarietà del prodotto di investimento rispetto a delle norme imperative, per dichiararne la nullità, ma va a valutare come è avvenuto esattamente lo

²⁷ Cfr. MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, pagg. 81 e ss.; vds. anche più recentemente GUARNERI A., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, pagg. 814 e ss.

²⁸ Cfr. NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, pagg. 98 e ss.

²⁹ Cfr. RICCIUTO V., *La disciplina del contratto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma generale di contratto*, in *Contratto e impresa*, 6, 2016, pagg. 1332 e ss.; Cfr. NIVARRA L., *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2016, pagg. 77 e ss.; Cfr. FORNASARI R., *op. cit.*, pag. 1291.

scambio, entrando nel merito del rapporto sinallagmatico (senza ovviamente entrare nel merito della vicenda, cosa che non gli spetta in quanto giudice di legittimità), onde verificare il contesto economico in cui il contratto è sorto e le posizioni delle parti³⁰. Insomma, viene analizzato lo scambio delle prestazioni.

4. Pur condividendo l'inquadramento posto dalla giurisprudenza sulla causa concreta dei prodotti in commento, cui fanno riferimento le sentenze, in questa sede vorremmo evidenziare le differenze tra il giudizio sulla liceità della causa e quello concernente la meritevolezza³¹. Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza citata, infatti, i due giudizi hanno la tendenza a sovrapporsi. In questa sede ci permettiamo di dissentire: in effetti, il controllo circa la liceità della causa è il presupposto, ma non la medesima cosa, rispetto alla verifica concernente la meritevolezza: la prima tende a verificare che il rapporto sinallagmatico tra le parti, e quindi le prestazioni che vengono dedotte nella regolamentazione pattizia, non vadano a violare le regole dell'ordinamento giuridico; la meritevolezza, invece, è un giudizio che va a valutare l'idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi, stante la preventiva assenza di tipizzazione da parte del legislatore. Oltre ad effettuare un'analisi di conformità di tale scambio rispetto alla tutela del contraente debole e, in ultima analisi, ai principi fondamentali dell'ordinamento nazionale e comunitario. E', quindi, un passaggio ulteriore che deve essere effettuato, quello della meritevolezza, che prescinde dalla funzione economico sociale (o economico individuale)³² enucleata. Se ne deduce che il riferimento³³ agli

³⁰ Cfr. GITTI G., *La determinazione del contenuto*, in *Il terzo contratto*, a cura di GITTI G. e VILLA G., Bologna, 2008, pagg. 92 e ss.

³¹ Cfr. BUONANNO L., *Immeritevolezza degli interessi*, cit., pagg. 905 e ss., il quale a sua volta richiama il GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, il quale evidenzia le considerazioni che abbiamo condiviso nel corpo dell'articolo.

³² È storica la contrapposizione tra le diverse teorie che inquadrano la causa: secondo alcuni, come funzione economico - sociale del contratto (propugnata da Emilio Betti); secondo altri, come funzione economico - individuale (tesi avallata da G.B. Ferri). Mirabile la sintesi dei due diversi punti di vista effettuata dal BUONANNO L., *Immeritevolezza*, cit., pag. 902 e ss., nt. 10, il quale sottolinea come il Betti ritenesse che "[...] la definizione della causa quale funzione economico sociale del negozio costituisca il portato di una più generale concezione tra società, autonomia privata e ordinamento giuridico. L'esercizio dell'autonomia privata, data ai privati per assolvere ad una funzione economica e sociale, è idonea a soddisfare un interesse oggettivo (poiché prescinde dall'individuo) strettamente attinente al vivere sociale; [...] si esprime con la circolazione della ricchezza e delle risorse, indispensabili affinché la società possa riprodursi e svilupparsi (da qui l'attributo sociale).

artt. 47, comma 1, e 38, commi 2 e 5, Cost., più volte operato dalla Corte di Cassazione, non costituisce soltanto una sorta di *obiter dictum*: il collegamento che pongono in essere i giudici di legittimità è fondamentale nell'andare oltre l'analisi meramente "strutturale" del contratto al fine di valutare la sua meritevolezza, appunto, alla luce delle altre clausole generali e dei principi ritenuti fondamentali³⁴.

[...] Se, dunque, il contratto, per poter essere riconosciuto dall'ordinamento, soggiace al virtuale assolvimento di una funzione economico-sociale, la causa non può che coincidere con la predetta funzione. [...]". Di tutt'altro tenore la tesi del Ferri, il quale: *"[...] propone una rilettura dell'art. 1322 c.c., evidenziando la distinzione tra il tipo, strumento di qualificazione del negozio, e l'interesse, parametro di riferimento per il giudizio di meritevolezza. A monte di siffatto distinguo, è posta la nuova configurazione del negozio, collocato alla base dell'autonomia privata e in quanto tale - già nella realtà materiale - rappresentativo dell'atto di un individuo, spinto da un interesse esclusivamente personale, che potrebbe essere definito sociale solo nel senso che è idoneo a riferirsi ad altri individui. [...] il sistema giuridico non si preoccupa dell'eventuale atipicità dello schema negoziale creato dagli individui, riservandosi esclusivamente una valutazione dell'interesse che le parti perseguono attraverso quelle strutture. Corollario di tali rilievi è che il parametro del vaglio di meritevolezza giunge ad identificarsi nella mera legalità [...]".*

Per una disamina di una casistica giurisprudenziale volta al riconoscimento della validità della causa concreta, cfr. anche ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 4, 2013, pagg. 961 e ss., relativamente al collegamento tra un contratto di mutuo e uno di compravendita.

³³ Cfr. FORNASARI R., *ult. op. cit.*, pag. 1306.

³⁴ Brillante la ricostruzione che fa del tema della meritevolezza il PERLINGIERI P., *Controllo e conformazione negli atti di autonomia negoziale*, in *Rassegna di diritto civile*, I, 2017, pagg. 204 - 228. Di fronte alla prospettazione delle due tesi dottrinali che si è sommariamente accennato *supra*, e cioè tra chi vede nel giudizio di meritevolezza un'inutile duplicazione del giudizio di liceità (oltre agli Autori già citati *supra*, si veda anche ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. Iudica - Zatti*, Milano, 2001, pagg. 425 e ss.) e chi, invece, vi riconosce *"[...] una valenza "assiologica" alla meritevolezza, ricercando "nel mercato" i valori ai quali ancorare il relativo giudizio [...]"* (PERLINGIERI P., *op. cit.*, pag. 212), l'Autore summenzionato propone un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1322 c.c., prendendo le mosse dalla locuzione, proposta dalla norma stessa, dei *"limiti imposti dalla legge"*. La conformità al sistema non si esaurirebbe in un controllo meramente negativo, cioè di verifica della mancata violazione di norme imperative, di contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume, ma andrebbe individuata e verificata in relazione alle norme costituzionali, come gli artt. 2 e 3 Cost. che impongono valori positivi; e quindi l'atto sarebbe giudicato meritevole soltanto laddove esso fosse realmente attuativo dei valori fondanti il sistema. Cfr. in tal senso anche ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, pagg. 176 e ss.

Sempre secondo PERLINGIERI, *"Il controllo non è un posterius del procedimento ermeneutico, ma ne è elemento ontologico e si traduce nel dovere di interpretazione adeguatrice degli atti di autonomia negoziale e nel conseguente passaggio dal «controllo»*

E questa tesi è confermata nella sentenza n. 3949 del 2016, dove la Cassazione parla di inefficacia della pattuizione derivante proprio dall'esito del giudizio di meritevolezza, che è diverso di per sé dal giudizio di illiceità della causa *ex art. 1343 cc.* Illiceità della causa che, sola, potrebbe portare alla nullità della pattuizione; mentre con i prodotti summenzionati, invece, il discorso è diverso poiché dovrebbe parlarsi più di inefficacia della pattuizione stessa ai sensi degli art. 1322 c.c. Quindi non di nullità dovrebbe discutersi, a nostro avviso, ma di inesistenza giuridica poiché è il contratto che, essendo immeritevole di tutela, non può assolutamente annoverarsi tra i contratti atipici degni di giuridica considerazione da parte del nostro ordinamento.

E tale nostra considerazione conclusiva si unisce perfettamente a quelle di chi riteneva che l'interesse, per essere considerato meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, dovesse rispondere anche ad una funzione che fosse socialmente rilevante, non essendo sufficiente la semplice non contrarietà della causa alle norme imperative, al buon costume e all'ordine pubblico³⁵. E, del resto, una tesi alternativa³⁶ porterebbe soltanto a considerare l'art. 1322 come un inutile duplicato dell'art. 1343 del Codice civile.

alla «conformazione». [...]», l'interprete non deve limitarsi a conoscere una determinata norma, ma deve ricercarvi un significato dell'atto che sia conforme al sistema. Conforme, cioè, a determinati e precisi valori costituzionali di riferimento.

³⁵ Cfr. BUONANNO L., *Immeritevolezza*, cit., pagg. 906 e ss.

³⁶ Autorevolissima dottrina (cfr. SPENA A., *Commento sub art. 117*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Testo Unico Bancario. Commentario. Addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, Giuffrè, Milano, 2011, pagg. 41 e ss.) ha a giusta ragione sottolineato come l'ultima modifica apportata dal d.lgs. 218/2010 all'art. 117 del Testo Unico bancario (d.lgs. 385/1993) ha ommesso qualsiasi riferimento ad un potere di «conformazione» dei titoli offerti al pubblico, esercitabile dalla Banca d'Italia o da qualsivoglia altra autorità, facendo venir meno anche la relativa sanzione di nullità laddove tali contratti siano difformi a quanto statuito dai regolamenti. La formulazione antecedente all'ultima modifica effettuata dal legislatore delegato, infatti, prevedeva il potere della Banca d'Italia, d'intesa con la Consob, di prescrivere un determinato contenuto tipico per i contratti stipulati ed i titoli venduti. Il riferimento alla Consob è attualmente sparito, così come sparito è il riferimento ai titoli.

E' chiaro, quindi, come si sia originato un ampio vuoto normativo relativamente a tali ultimi prodotti, per i quali, come sottolinea SPENA, l'ambigua denominazione (l'Autore cita i casi dei «BTP tel» e «BTP index», *ex multis* cfr. MALVAGNA U., *Prodotto finanziario «BTP Tel» e circostanze rilevanti per la valutazione della correttezza dell'agire dell'intermediario collocatore*, in www.dirittobancario.it.) può realmente porre in confusione il risparmiatore relativamente all'acquisto di titoli di Stato o altri prodotti, simili tra loro soltanto per il nome attribuitogli. Se il legislatore, *de iure condendo*, intervenisse sulla norma, la giurisprudenza potrebbe dichiarare la nullità dei titoli che siano difformi alle prescrizioni imposte.

“**Autorità:** Cassazione civile sez. VI

Data: 13/12/2017

n. 29985

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SCALDAFERRI Andrea	- Presidente -
Dott. BISOGNI Giacinto	- Consigliere -
Dott. ACIERNO Maria	- rel. Consigliere -
Dott. FERRO Massimo	- Consigliere -
Dott. FALABELLA Massimo	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 12859-2015 proposto da:

BANCA MONTE PASCHI SIENA S.P.A., in persona del legale rappresentante

pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA TACITO n. 50, presso lo studio dell'avvocato PAOLO TORTO, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati RAFFAELLO TORIO, ALESSANDRO RONGA;

- ricorrente -

contro

V.D.;

- intimato-

avverso la sentenza n. 4558/2014 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 19/11 /2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 10/10/2017 dal Consigliere Dott. MARIA ACIERNO.

Fatto

RAGIONI DELLA DECISIONE

Con sentenza del 29/06/2011 il Tribunale di Napoli, accogliendo la domanda proposta da V.D. nei confronti di Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.a., dichiarava nullo il contratto "for You" stipulato dalle parti sulla base della violazione da parte dell'Istituto di credito degli obblighi di diligenza, trasparenza e correttezza di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21 condannando la convenuta alla restituzione di tutte le somme incassate maggiorate degli interessi legali. Dichiarava altresì inefficace, in quanto vessatoria, la clausola contrattuale di recesso.

La Corte d'appello di Napoli, investita dell'impugnazione proposta dalla Banca, con sentenza del 11/11/2014 ha rigettato integralmente il gravame, fondando tuttavia la propria pronuncia su ragioni differenti da quelle poste dal primo giudice a fondamento della decisione appellata.

Atteso che il V., fin dall'atto introduttivo del giudizio di primo grado, ha chiesto al Tribunale di dichiarare la nullità del contratto, e che tale deduzione non vincola il giudicante ad uno specifico profilo di nullità, la Corte distrettuale ha rilevato officiosamente la nullità del contratto "for you" stipulato dalle parti sotto il profilo del difetto di meritevolezza ex art. 1322 c.c.

Avverso suddetta pronuncia propone ricorso per cassazione il Monte Paschi sulla base di quattro motivi. Non svolge difese l'intimato.

Non è stata depositata memoria ex art. 380 bis c.p.c.

Con il primo motivo viene denunciata l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia in relazione alla disciplina dell'art. 1322 c.c., perchè nella specie non è applicabile il vaglio di meritevolezza previsto da tale norma, dal momento che il contratto stipulato dalle parti consiste in un collegamento di negozi tipici che conservano la loro autonomia, senza che l'unificazione strumentale dia luogo a una diversa fattispecie contrattuale atipica.

Con il secondo motivo viene denunciata la violazione e falsa applicazione dell'art. 1322 c.c., in quanto la Corte territoriale ha statuito che il contratto "for you" è immeritevole di tutela in ragione dell'alea unilaterale, violando il principio secondo cui le parti, nella loro autonomia, possono ben convenire l'unilaterale assunzione del rischio. Con il terzo motivo viene denunciata la violazione del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 1322 e art. 1, comma 6, lett. c., perchè il contratto "for you", riproducendo il modello previsto da tale norma del t.u.f., risponde ad una fattispecie contrattuale tipizzata dal legislatore, non potendosi per conseguenza considerare atipica la sua causa.

Con il quarto e ultimo motivo viene lamentata la violazione dell'art. 184 c.p.c., comma 4 e art. 101 c.p.c., comma 2, per violazione del principio del contraddittorio, avendo la Corte d'appello posto a base della propria decisione una causa di nullità rilevata d'ufficio senza permettere alle parti di prendere posizione e contraddire sulla questione.

Il primo motivo, nel prospettare un vizio motivazionale, è inammissibile perchè del tutto generico e dedotto al di fuori del paradigma della nuova formulazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5, mancando di dedurre il fatto decisivo che la Corte territoriale avrebbe omissso di esaminare (cfr. Cass., sez. un., n. 8053/2014, n. 8054/2014).

Il secondo e terzo motivo, da esaminarsi congiuntamente in quanto strettamente connessi e parzialmente ripetitivi, sono manifestamente infondati alla luce dell'ormai consolidato orientamento di questa Corte circa il giudizio negativo di meritevolezza del contratto "for You" ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2 (Cass. n. 19599/2015, n. 2900/2016, n. 3949/2016, n. 4907/2017).

Il quarto motivo è parimenti manifestamente infondato. Quanto al rilievo officioso di una causa di nullità diversa da quella prospettata dalla parte, deve rilevarsi che il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale deve rilevare di ufficio l'esistenza di una causa di quest'ultima diversa da quella allegata dall'istante, essendo quella domanda pertinente ad un diritto autodeterminato, sicchè è individuata indipendentemente dallo specifico vizio dedotto in giudizio (Cass. n. 15408 del 26/07/2016). Quanto alla dedotta violazione del diritto di difesa, la giurisprudenza di questa Corte ha statuito che la violazione dell'art. 101 c.p.c. "è rilevante come causa di impugnazione della sentenza solo quando la parte che se ne dolga prospetti in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere in sua difesa qualora il contraddittorio sulla questione oggetto di rilievo officioso fosse stato tempestivamente attivato, in quanto, alla stregua del canone costituzionale di ragionevole durata del processo, detta indicazione non costituisce un adempimento fine a se stesso, la cui omissione è censurabile in sede d'impugnazione a prescindere dalle sue conseguenze pratiche, ma assume rilievo solo in quanto finalizzata all'esercizio effettivo dei poteri di difesa" (Cass. n. 25054 del 07/11/2013, Rv. 629139 - 01). Invero, non sussiste la nullità della sentenza nel caso in cui il giudice esamini d'ufficio, come nella specie, una questione di puro diritto, senza procedere alla sua segnalazione alle parti onde consentire su di essa l'apertura della discussione (c.d. terza via), giacchè da tale omissione non deriva la consumazione di altro vizio processuale diverso dall'*error iuris in iudicando* ovvero dall'*error in iudicando de iure procedendi*", la cui denuncia in sede di legittimità consente la cassazione della sentenza solo se tale errore sia in concreto consumato (Cass., sez. un., n. 20935/2009; in senso conforme, da ultimo, Cass.-12977/2017).

In conclusione, il ricorso deve essere respinto. Non occorre provvedere in ordine alle spese processuali del presente giudizio in considerazione della mancata attività difensiva della parte intimata.

PQM

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso.

Motivazione semplificata.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 10 ottobre 2017.

Depositato in Cancelleria il 13 dicembre 2017”

da *www.iusexplorer.it*

FATTO NON IMPUTABILE E PERDITA DI UN BENE MOBILE CONSEGNATO PER LA RIPARAZIONE

Giovanni Liberati Buccianti

Dottorando di ricerca nell'Università di Parma

CASSAZIONE CIVILE; Sez. III, ordinanza 19 gennaio 2018, n. 1246 – Pres. Chiarini – Rel. Romano c. Società Guglielmo Monetti. Cassa Tribunale Napoli 23 giugno 2014.

Deposito (contratto di) – Contratto di prestazione con obbligo di custodia – Perdita della detenzione – Omessa denuncia – Danni risarcibili. (Cod. civ., artt. 1223, 1256, 1780).

L'art. 1780, comma 1, cod. civ. trova applicazione anche nei contratti di prestazione d'opera in cui l'obbligo di custodia è accessorio e strumentale.

L'art. 1780, comma 1, seconda parte, cod. civ. deve essere interpretato nel senso che la omessa tempestiva denuncia della perdita della cosa da parte del depositario determina a carico di quest'ultimo l'obbligo risarcitorio per quei soli danni che siano conseguenza diretta e immediata della perdita del bene, avuto riguardo alle circostanze dedotte nel caso concreto.

La terza sezione della Suprema Corte, nell'ordinanza che qui si commenta, cassa con rinvio una sentenza di merito che aveva escluso l'obbligo risarcitorio a carico del depositario il quale aveva subito una rapina con sottrazione di un bene mobile consegnatogli per la riparazione e tale evento non era stato immediatamente comunicato al depositante. Il presente commento, oltre ad indagare la ratio decidendi della citata ordinanza, ripercorre l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale che si è avuta sull'art. 1780 cod. civ.

Sommario:

1. Il fatto
2. L'applicabilità dell'art. 1780 cod. civ. ai contratti misti e a quelli di prestazione d'opera
3. La nozione di fatto non imputabile nelle fattispecie delittuose di furto e rapina
4. L'ambito di operatività dell'obbligo di denuncia ex art. 1780, comma 1, cod. civ.
5. Conclusioni

1. Il fatto.

Un soggetto consegna ad una gioielleria il proprio orologio affinché venga eseguita una riparazione. Quando il figlio del proprietario dell'orologio si reca in gioielleria per chiedere notizie sull'orologio del padre, gli viene comunicato che la gioielleria ha subito una rapina e che l'orologio faceva parte dei beni sottratti.

Si pone la questione dell'eventuale risarcimento del danno a favore del proprietario dell'orologio per non aver lui immediatamente comunicato l'avvenuta rapina con conseguente perdita del bene.

Dopo due giudizi contrastanti, la questione viene affrontata dalla terza sezione della Suprema Corte. Tramite ordinanza, il collegio giudicante cassa la sentenza impugnata e rinvia ad altra sezione del Tribunale di Napoli che dovrà rivalutare le circostanze alla luce del principio di diritto ora enunciato.

In particolare, la sentenza cerca di fare chiarezza su tre importanti questioni: a) la applicabilità dell'art. 1780 cod. civ. a quei contratti in cui l'obbligazione di custodire non costituisce obbligazione principale (ma accessoria) del contratto; b) la nozione di fatto non imputabile ai sensi dell'art. 1780 cod. civ.; c) i danni risarcibili per il caso della mancata denuncia al depositario della perdita della cosa, come previsto dalla seconda parte dell'art. 1780, comma 1, cod. civ.

2. L'applicabilità dell'art. 1780 cod. civ. ai contratti misti e a quelli di prestazione d'opera.

Come noto, l'art. 1780 cod. civ. disciplina – per il contratto di deposito – l'estinzione dell'obbligazione di restituzione per impossibilità della prestazione determinata da perdita non imputabile della detenzione della cosa.¹ Affinché il depositario sia liberato dall'obbligo restitutorio deve provare che il fatto non è a lui imputabile e, sotto pena di risarcimento del danno, denunciare immediatamente al depositario la perdita del bene stesso.

¹ Sull'art. 1780 cod. civ. si vedano i principali commentari e le voci enciclopediche. In particolare, SCALISI, *Il contratto di deposito*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 2011, 191 ss.; MASTROPAOLO, voce «*Custodia (disciplina privatistica)*», in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, X, 10; ID., *Il deposito*, nel *Trattato di diritto privato*, I ed., vol. XII, Torino, 1985, 537; COSTANZA, *La r.c. in materia di deposito*, in CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, vol. IV – *La responsabilità civile, Responsabilità contrattuale*, Torino, 1980, 453 ss. Da ultimo, il recente articolo di SALOMONI, *La responsabilità del custode per la perdita della detenzione del bene ricevuto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1435 ss.

Si è peraltro discusso in dottrina se la "perdita" della detenzione della cosa riguardi solo i casi di sottrazione, ovvero possa riguardare anche i casi di distruzione della stessa.

In ogni caso, la prima questione affrontata dalla Suprema Corte concerne l'applicabilità del regime sulla perdita non imputabile ex art. 1780 cod. civ. al contratto di riparazione dell'orologio. È del tutto evidente, infatti, che questa ipotesi presenta alcune peculiarità, non potendosi ricondurre la fattispecie concreta al deposito propriamente detto, per tale intendendosi quel contratto con cui una parte riceve una cosa mobile dall'altra con l'obbligo di custodirla e di restituirla in natura (cfr. art. 1766 cod. civ.).

Emerge, infatti, che la prestazione qualificatrice di questo contratto è la riparazione del bene, non già quella di custodia dello stesso. Non può negarsi, però, che la prima presupponga la seconda, ai fini della successiva riconsegna: a ben vedere, come recentemente statuito dalla Suprema Corte, l'obbligazione di custodire non è esclusiva del deposito, potendo essa derivare (anche) da altre fonti, contrattuali e non, e presentarsi come obbligo autonomo o in collegamento accessorio o strumentale ad altri obblighi.²

Sono molteplici, infatti, le ipotesi per le quali si è evocato l'art. 1780 cod. civ.: oltre ai più variegati contratti di riparazione di beni (autovetture, gioielli, orologi), se ne è chiesta una applicazione con riguardo al pegno, al parcheggio, al trasporto di valori, alla commissione, ecc. Insomma, vi è una nutrita casistica pretoria nelle quali la obbligazione di custodia – tipica del deposito – costituisce (solamente) una prestazione accessoria e strumentale rispetto a quella principale: si pensi, su tutte, alla consegna della automobile per una riparazione e al seguente furto della macchina.

Ipotesi, queste, che sono state diversamente ricostruite in dottrina e in giurisprudenza, tanto da generare alcune sfumature terminologiche. Si può dire che solo di sfumature si tratta, poiché sia che vengano ricostruiti come contratti misti in cui partecipano in via paritetica più funzioni negoziali (seppur l'una prevalente rispetto all'altra),³ sia che si voglia aderire alla tesi che forse più correttamente ravvisa nella custodia una prestazione

² Il fatto che l'obbligazione di custodire non è esclusiva del deposito si ritrova in numerose sentenze, cfr. Cass., 25 novembre 2013, n. 26353, in *Rep. Foro it.* 2013, voce Deposito, n. 1; Cass., 19 luglio 2004, n. 13359, in *Rep. Foro it.* 2004, voce Deposito, n. 6.

³ Alcune volte i contratti in cui la custodia costituisce prestazione accessoria vengono ricostruiti dalla giurisprudenza come contratti misti: Cass., 6 maggio 2010, n. 10956, in *Foro it.*, 2010, I, 2697; Cass. 17 novembre 2011, n. 23211, in *Rep. Foro it.* 2011, voce Contratto in genere, n. 331.

strumentale e accessoria rispetto all'altra prestazione,⁴ la questione concerne l'applicabilità anche a queste ipotesi dell'art. 1780 cod. civ.

Almeno in passato, la sussunzione della obbligazione di custodia a prestazione principale o accessoria del contratto comportava un diverso effetto giuridico. Sono proprio una serie di sentenze dei primi anni 2000 che operano un'attenta ricostruzione della vicenda:⁵ a) da un lato, l'orientamento meno recente escludeva che nei contratti in cui l'obbligazione di custodia non connotasse la stessa identità del contratto - ma fosse relegata a prestazione accessoria - potesse trovare applicazione il regime dell'art. 1780 cod. civ.; b) dall'altro lato, l'orientamento più recente, riteneva applicabile l'art. 1780 cod. civ. anche quando l'obbligazione della custodia fosse necessariamente compresa nel contenuto di un contratto diverso (come nella specie il contratto di opera) o formasse parte di un contratto misto nel quale confluivano le cause del deposito e di altro contratto.

Si è così inizialmente affermato che solo laddove la custodia connotasse l'identità del contratto, costituendone la causa, avrebbe potuto trovare applicazione l'art. 1780 cod. civ., delineante una responsabilità *ex recepto*: il depositario avrebbe dovuto provare che l'evento fosse imprevedibile o inevitabile o estraneo al comportamento da lui tenuto nella esecuzione del contratto. Viceversa, laddove la custodia costituisse prestazione accessoria avrebbe trovato applicazione il criterio previsto per l'adempimento delle obbligazioni in generale dagli artt. 1176 e 1177 cod. civ. che sanciscono il criterio della diligenza del buon padre di famiglia per le obbligazioni di consegna (che includono quella di custodire), sostenendo peraltro che la diligenza richiesta per queste ipotesi fosse diversa – e meno stringente - da quella richiesta per il deposito ex art. 1768 cod. civ.⁶ Tale tesi – che, in definitiva, distingueva tra un deposito "puro" e un deposito "spurio" ai fini della disciplina applicabile – trovava in passato un discreto seguito e, fino agli anni '80 del secolo scorso era pressoché pacifica: si consideri, ad esempio, che nel 1949 una sentenza di merito aveva escluso l'applicabilità dell'art. 1780 cod. civ. al contratto di pegno, laddove la cosa data in pegno

⁴ Altre volte la giurisprudenza si limita a ravvisare nella custodia una prestazione strumentale e accessoria rispetto all'altra prestazione: Cass. 19 febbraio 1981, n. 1025, *Foro it.*, 1981, I, 1311.

⁵ Sul punto, è esemplificativa Cass. 19 luglio 2004, n. 13359. Il testo completo della sentenza può rintracciarsi sulla versione on-line di *Foro it.*

⁶ Cfr. Cass., 12 novembre 1979, n. 5847, in *Rep. Foro it.* 1979, voce *Obbligazioni in genere*, n. 9; Cass., 27 ottobre 1981, n. 5618, in *Rep. Foro it.* 1981, voce *Obbligazioni in genere*, n. 10; Cass. 23 gennaio 1986, n. 430, in *Rep. Foro it.* 1986, voce *Deposito*, n. 2.

fosse stata persa dal creditore pignoratizio⁷ e la stessa dottrina era contraria all'applicazione analogica dell'art. 1780 cod. civ. che considerava norma a carattere eccezionale.

Successivamente – grazie ad un *revirement* giurisprudenziale – si è affacciata ed ha rapidamente preso il sopravvento l'altra tesi, tanto da poter considerare questo orientamento "consolidato" nella nostra giurisprudenza: l'art. 1780 cod. civ. si applica anche ai casi in cui la prestazione di custodia sia strumentale ed il depositario deve provare il fatto non imputabile.⁸

Con specifico riferimento al contratto di riparazione dell'orologio, l'applicazione della tesi più recente, cui l'ordinanza che qui si annota si allinea, comporta la necessità da parte dell'orologiaio di dimostrare che la perdita della detenzione è stata causata da un fatto non imputabile.

3. La nozione di fatto non imputabile nelle fattispecie delittuose di furto e rapina.

Una volta riconosciuta l'applicabilità dell'art. 1780 cod. civ. al contratto di riparazione, ci si interroga sulla nozione di «fatto non imputabile [al depositario]» che deve da quest'ultimo essere provato per andare esente da responsabilità. Si ricordi che, nella parte generale sulla disciplina delle obbligazioni, l'art. 1218 cod. civ. evoca il concetto di «*causa non imputabile*» che deve provare il debitore inadempiente per andare esente dal risarcimento del danno per il caso di inadempimento dell'obbligazione: l'art. 1780 cod. civ. parlando di «*fatto a lui non imputabile*» ne ripete la regola.

L'oggetto della prova liberatoria da parte del depositario non riguarda la diligenza nella custodia ex art. 1768 cod. civ. ma il fatto che ha causato l'evento perdita del bene.⁹ Se il bene viene perduto, il depositario è liberato dall'obbligazione della restituzione se prova che l'evento era inevitabile, nonostante l'impiego della diligenza dovuta ai fini della custodia.

Si dica che il fatto non imputabile ricomprende sicuramente il caso fortuito e la forza maggiore. A ben vedere, l'importanza di questi due

⁷ Si tratta di Trib. Torino, 13 ottobre 1949, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 1091 con nota di MASSARI.

⁸ Con riferimento al contratto di riparazione di autovettura, si veda ad esempio Cass., 6 maggio 2010, n. 10956, cit. Inoltre, Cass. 19 luglio 2004, n. 13359, cit.; Cass. 1 luglio 2005, n. 14092, in *Contratti*, 2006, 67 (e in *Resp. e risarcimento*, 2005, 64 con nota di SACCHETTINI).

⁹ Così si esprime SCALISI, *Il contratto di deposito*, cit., 194.

concetti era sicuramente maggiore nel codice del 1865 (si veda in particolare l'art. 1226) poiché oggi, come ricordato, l'art. 1218 cod. civ. li ha sostituiti con la causa non imputabile, anche se i due arcaici concetti possono tuttora ritrovarsi in specifiche norme del codice (ad esempio, con riferimento al deposito nei magazzini generali nell'art. 1787 cod. civ.).

Le cause di non imputabilità non sono circoscritte alle cause imprevedibili, potendovi ricomprendere anche altre cause da individuarsi in base alla valutazione della diligenza usata dal depositario nell'adempimento della prestazione di custodia. La giurisprudenza ha richiamato in proposito i concetti di inevitabilità e di adeguatezza, affermando la responsabilità del depositario laddove egli non dimostri di avere adottato tutte le misure di protezione richieste dal caso. Come sottolineato da autorevole dottrina tali cause non imputabili – che rendono la prestazione impossibile e liberano il debitore – sono varie e complesse.¹⁰

Dunque, oltre al caso fortuito e alla forza maggiore, vengono ricompresi anche tutti quei fatti che, seppure ricollegati alla persona del depositario, per come si sono svolti erano del tutto inevitabili. La giurisprudenza ha così ritenuto che il fatto non imputabile è quello evitabile solo tramite l'utilizzo di costi personali od economici talmente elevati da non poter essere richiesti ad un debitore che si comporti con la diligenza del buon padre di famiglia.¹¹

La casistica giurisprudenziale è variegata ma il più delle volte la perdita della detenzione è causata dal fatto del terzo, innestandosi su una fattispecie delittuosa (furto o rapina): l'automobile o il gioiello consegnati per la riparazione vengono sottratti tramite violenza sulla cosa o sulla persona.

Ci si può chiedere se l'evento rapina possa configurare un fatto non imputabile al depositario – gioielliere. Proprio in un caso molto simile – di rapina e sottrazione di gioielli consegnati ad un gioielliere per la loro modifica e ristrutturazione – la Suprema Corte ha ritenuto fatto non imputabile al depositario la sottrazione del bene quando la cosa stessa gli venga sottratta nel luogo in cui è custodita mediante la commissione di una rapina a mano armata. In questi casi – continua il collegio – non rileva se egli abbia adoperato particolari accorgimenti o cautele nella custodia, venendo i medesimi vanificati dal diretto uso della violenza sulla sua persona.¹² Similmente, con riguardo ad una rapina realizzata in un *garage*, è stata esclusa la responsabilità del depositario poiché - si è detto – la diligenza

¹⁰ Sul punto, sempre SCALISI, *Il contratto di deposito*, cit., 201.

¹¹ Cfr. Cass., 12 aprile 2006, n. 8629, in *Mass. Foro it.* 2006, 773.

¹² Cfr. Cass., 19 luglio 2004, n. 13359, cit.

esigibile non può essere dilatata fino al punto di mettere in pericolo la incolumità personale.¹³

Ciò detto ci si può chiedere se possono essere ravvisate delle differenze tra il furto e la rapina ai fini della responsabilità contrattuale. Si potrebbe cioè sostenere che la dicotomia violenza sulla cosa / violenza sulla persona – che distingue il furto dalla rapina – possa ripercuotersi sul tipo di comportamento esigibile da parte del debitore. In considerazione del carattere preminente, anche a livello costituzionale, riconosciuto alla incolumità personale (art. 3, 27, 32, 41 Cost.) rispetto alla tutela patrimoniale (altrui) si potrebbe sostenere che la rapina costituisce sempre fatto non imputabile. Sembra questa l'operazione compiuta dalla richiamata sentenza del 2004: l'utilizzo della violenza sulla cosa esclude l'indagine sul comportamento tenuto dal debitore. Autorevole dottrina¹⁴ sostiene l'arbitrarietà dell'attribuzione in astratto di una diversa rilevanza, ai fini della responsabilità contrattuale, a furto e a rapina poiché tutto dipende dalla valutazione secondo buona fede del singolo rapporto. Così, ad esempio, si può forse spiegare come alcune volte i giudici – che generalmente configurano la rapina quale causa non imputabile, senza troppo indagare le circostanze del caso concreto – ritengono responsabile il depositario per l'evento rapina in considerazione dell'elevato numero di rapine nella specifica area e della mancata adozione di misure "rafforzate" da parte del proprietario del negozio.¹⁵ Si pensi, poi, a tutti quei casi in cui il rischio dell'evento rapina è compreso nell'attività di impresa, dovendo essere sopportato dal debitore, con esclusione di ogni automatismo tra rapina e non imputabilità del fatto.

Ad ogni buon conto, se la giurisprudenza considera il più delle volte la rapina fatto non imputabile – salve le precisazioni poc'anzi svolte – per il delitto di furto la situazione è ben diversa, tanto che la giurisprudenza ha escluso che lo stesso costituisca evento imprevedibile ed inevitabile, laddove al depositario sia rimproverabile la mancata messa in atto di misure protettive del bene affidato: il giudizio sulla imputabilità deve essere condotto analizzando il sacrificio a carico del depositario: finché questo

¹³ Cfr. Trib. Napoli, 2 febbraio 1980, in *Arch. Civ.*, 1980, 825.

¹⁴ Il riferimento è a BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 482.

¹⁵ Se è vero, infatti, che alcune sentenze hanno considerato la rapina fatto non imputabile altre, invece, per l'integrazione del fatto non imputabile richiedono la predisposizione di misure rafforzate di protezione del negozio anche nel caso della rapina. In questo senso si esprime, ad esempio, Trib. Bari, 11 luglio 2007, consultabile nella banca dati *on-line* Cedam-Utet.

sacrificio non supera il confine intrinseco del modello di diligenza, il fatto sarà a lui imputabile.¹⁶ L'interprete deve dunque analizzare una pluralità di fattori: le cautele predisposte, l'attività esercitata dal depositario, l'alto tasso di criminalità che determinerebbe la prevedibilità del furto, il regime di profitto desumibile dal contratto, ecc. Così, ad esempio, un conto sarà la diligenza richiesta all'autofficina che ripara macchine assai costose, altro quella richiesta alla autofficina che ripara macchine economiche. Anche per il furto la casistica è ampia. Il modesto giro di affari dell'officina ad esempio ha fatto ritenere non imputabile il furto, senza richiedere l'adozione di particolari cautele essendo sufficiente l'attivazione di un servizio di vigilanza notturna e la predisposizione di saracinesche di ferro.¹⁷ Si pensi, poi, che anche con riferimento al furto laddove vi sia una attività d'impresa che ha come compito quello della tutela del valore affidatogli, il livello di diligenza esigibile sarà maggiore. Così, con riferimento al contratto di cassette di sicurezza (art. 1839 cod. civ.: una delle norme nelle quali il caso fortuito è esplicitamente menzionato come causa di esonero da responsabilità) viene escluso che il furto in sé possa costituire caso fortuito «*in quanto è evento prevedibile in considerazione della natura della prestazione dedotta in contratto*».¹⁸

Tornando alla sentenza che qui si annota, la Suprema Corte non ha censurato la ricostruzione del giudice di appello che aveva ritenuto la rapina fatto non imputabile: la circostanza che la rapina venne subita durante l'orario di apertura dell'esercizio commerciale, l'effrazione all'interno della gioielleria con pistole e le minacce ai presenti fanno ritenere il fatto non imputabile al depositario.

Una chiosa è doverosa: ci si può chiedere dell'eventuale rilevanza del comportamento (negligente) del depositante. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il depositario comunichi al depositante di aver effettuato la riparazione e di andare a ritirare il bene. Quest'ultimo, però, non lo fa e, a seguito della comunicazione, il depositario perde la detenzione della cosa per il fatto del terzo (ad esempio, a causa di un furto). La giurisprudenza si è occupata della questione con particolare riferimento all'autovettura consegnata per la riparazione o per il lavaggio e conseguente furto della stessa dopo aver comunicato che la macchina era pronta. Vigente la teoria dell'applicabilità dell'art. 1780 cod. civ. al solo deposito propriamente detto, si affermava che il contratto di riparazione era da qualificare come un contratto di lavoro

¹⁶ Questo è il pensiero di MASTROPAOLO, *Il deposito*, op. cit., 537.

¹⁷ Si veda, Cass., 12 aprile 2006, n. 8629, cit.

¹⁸ Cfr. Cass. 27 luglio 2017, n. 18637, in *Rep. Foro it.* 2007, voce Contratti bancari, n. 15.

autonomo, e si concludeva che la custodia fosse limitata al tempo necessario per l'esecuzione della prestazione, escludendo la responsabilità del custode per il tempo successivo alla riparazione salvo che la perdita fosse dovuta a particolare negligenza.¹⁹ In epoca più recente, il contratto con l'autoriparatore è stato qualificato come misto e si è ritenuto applicabile l'art. 1780 cod. civ. con la conseguenza che solamente con la consegna verrebbe meno l'obbligo della custodia.²⁰ Ad esempio, con riferimento al furto della autovettura consegnata per il lavaggio, oltre a ritenere pur sempre obbligato il depositario ai sensi dell'art. 1780 cod. civ. per il tempo successivo all'appuntamento concordato (e disatteso) per il ritiro della macchina, è stato anche escluso – peraltro non senza critiche – che il ritardo del depositante possa costituire circostanza idonea ad invocare il concorso di colpa ex art. 1227 cod. civ.²¹ È evidente che si registrano una diversità di vedute sul punto, ma l'opinione più attendibile è quella che ritiene responsabile il depositario anche per il tempo successivo alla effettuata riparazione, salva la formale messa in mora del creditore.

4. L'ambito di operatività dell'obbligo di denuncia ex art. 1780, comma 1, cod. civ.

La questione più delicata è rappresentata dalla seconda parte del primo comma dell'art. 1780 cod. civ.: se è vero che il depositario è liberato dall'obbligazione di restituzione della cosa perduta laddove provi il fatto non imputabile, la norma continua prescrivendo che lo stesso, sotto pena di risarcimento del danno, deve denunciare immediatamente al depositante il fatto per il quale ha perso la detenzione. Nel caso affrontato dalla Suprema Corte, il gioielliere non ha comunicato immediatamente la rapina subita al depositante: l'evento lesivo venne appreso infatti dal figlio del proprietario casualmente in epoca ben successiva alla commissione del delitto.

Anche sull'obbligo di tempestiva denuncia si sono registrate numerose tesi. Si rammenti che, vigente il codice Pisanelli del 1865, si prevedeva addirittura l'obbligo di restituzione del bene previo recupero: il codice del 1942 ha dunque innovato, sostituendo l'obbligo di recupero con quello di

¹⁹ Con riferimento alla rilevanza del comportamento negligente del depositante, si veda Cass., 23 gennaio 1986, n. 430, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1986, 727.

²⁰ In questi termini, Cass. 6 maggio 2010, n. 10956, cit.

²¹ Cfr. Trib. Piacenza, 22 maggio 2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 26, con nota di CONFORTI.

informare. Di conseguenza, il depositario non è tenuto ad agire in via possessoria nei confronti di chi lo abbia clandestinamente o con violenza spogliato della detenzione – pur se astrattamente legittimato in veste di detentore – ma deve immediatamente denunciare il fatto al depositario, pena il risarcimento del danno.

In primo luogo, ci si può chiedere se (anche) l'obbligo di denuncia possa estendersi ai contratti in cui la custodia non rappresenta la prestazione principale del contratto. Se in passato, le voci che configuravano l'art. 1780 cod. civ. norma eccezionale ne escludevano l'applicabilità al di là del deposito propriamente detto – e così, implicitamente escludevano l'estensibilità dell'obbligo di avviso – più recentemente quasi unanimemente si ritiene operante l'obbligo di denuncia anche a questi contratti vuoi ritenendo l'art. 1780, comma 1, seconda parte, cod. civ. norma suppletiva che trova applicazione anche laddove le parti nulla dispongano, enunciando un principio di stampo generale per tutte le ipotesi in cui un soggetto confida nelle informazioni di un terzo,²² vuoi ritenendo desumibile l'obbligo del tempestivo avviso dal generale criterio di buona fede che sovrintende ogni rapporto negoziale.²³

Inoltre, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si è confrontato sull'ampiezza di tale obbligo, che viene configurato alla stregua di un «*obbligo legale collegato al contratto*», di protezione della posizione del depositante.²⁴

Da un lato, vi è chi sostiene la tesi che l'omessa tempestiva comunicazione della perdita non imputabile della detenzione della cosa da parte del depositario determina per quest'ultimo l'obbligo di risarcire il danno al depositante costituendo essa una condizione obiettiva per la liberazione del debitore. Questo orientamento tradizionale lega l'obbligo di denuncia ad un requisito oggettivo (la perdita della cosa), la cui mancanza comporta il risarcimento del danno, ritenendo l'art. 1780, comma 1 cod. civ. disposizione unica ed inscindibile. In questi termini, sul depositario graverebbe una responsabilità *de recepto*, con conseguente obbligo, in caso di omessa o non tempestiva denuncia, di risarcire *tout court* l'intero valore della cosa, come

²² In questi termini, si veda COSTANZA, *In tema di responsabilità per omessa denuncia della perdita della cosa custodita*, in *Giust. civ.*, 1978, I, 670.

²³ Così MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 305 ss. (in part. 395).

²⁴ Cfr. SCALISI, *Il contratto di deposito*, cit., 207.

se egli l'avesse perduta per sua colpa.²⁵ Tale opinione si registra anche nella dottrina meno recente.²⁶ In questi termini, il risarcimento del danno (e pari al valore della cosa) spetterebbe anche laddove il depositante non abbia subito alcun danno, come ad esempio quando il recupero della cosa sia impossibile oppure quando egli abbia recuperato la cosa senza alcun aggravio economico.²⁷

Questo regime – assai severo per il depositario e che ritiene l'obbligo di avviso una condizione obiettiva di liberazione del debitore – è stato temperato in epoca più recente quando si è cercato di coordinare l'art. 1780 cod. civ. con i principî generali. Si è detto che la tesi precedentemente sostenuta da un lato introdurrebbe una ipotesi eccezionale di responsabilità, incompatibile con la regola sull'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta ex art. 1256 cod. civ. e dall'altro lato determinerebbe un *vulnus* in punto di causalità ex art. 1223 cod. civ. perché si eliderebbe il nesso tra il fatto colposo (mancato assolvimento dell'obbligo di denunciare la perdita) e l'evento dannoso.

L'orientamento più recente non identifica più l'art. 1780, comma 1 cod. civ. come disposizione unica ed inscindibile ma vi ravvisa due autonomi precetti: 1) liberazione del depositario per perdita della cosa per causa a lui non imputabile; 2) obbligo di avvertire immediatamente il depositante e sanzione in caso di inosservanza. Si può far risalire questo cambio di paradigma ad una sentenza di fine anni '70.²⁸ In questi termini, l'obbligo di

²⁵ In passato, l'obbligo di denuncia era considerato condizione obiettiva di liberazione del debitore: Cass., 21 maggio 1948, n. 775, in *Foro it.*, 1949, I, 367, con nota di TABET (e in *Giur. it.*, 1950, I, 358, con nota di A. TRAVI; in *Foro pad.*, 1949, I, 320, con nota di CHIEPPA). Conformi, fra le tante, Cass., 25 maggio 1949, n. 1351, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, 343; Cass., 16 marzo 1951, n. 571, in *Giur. cass.*, 1951, I, 588; Cass. 9 dicembre 1954, n. 4373, in *Giust. civ.*, 1955, I, 944; Cass., 9 marzo 1955, n. 708, in *Foro it.*, 1955, I, 639, con nota di RICCARDELLI; Cass., 31 luglio 1958, n. 2831, in *Foro pad.*, 1959, I, 420; Cass., 7 marzo 1966, n. 656, in *Giur. it.*, 1966, I, 1501; Cass., 16 febbraio, 1968, n. 3912, in *Rep. Foro it.* 1969, voce Deposito, n. 5; Cass., 20 luglio 1974, n. 2193, in *Rep. Giur. it.* 1974, voce Deposito, nn. 3, 4.

²⁶ La dottrina che identificava nell'omessa denuncia una condizione obiettiva di liberazione del debitore si può individuare in DE RUGGIERO – MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, Messina - Milano, 1947, 367; RUBINO, *Mancata denuncia della perdita della cosa e responsabilità del depositario*, in *Giur. cass.*, 1948, II, 140 ss.; A. TRAVI, *Responsabilità del depositario per omessa immediata denuncia della perdita della cosa*, in *Giur. it.*, 1950, I, 357 ss.

²⁷ Più in generale, sulla quantificazione del risarcimento del danno derivante dalla mancata denuncia, si veda MARINI, *Omessa o ritardata denuncia della perdita della cosa depositata e responsabilità del depositario*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, 294 ss.

²⁸ Il cambio di paradigma si ha con Cass. 19 gennaio 1978, n. 203, in *Foro it.*, 1978, I, 300 (e in *Giust. civ.*, 1978, I, 662 con nota di COSTANZA); Cass. 3 agosto 1991, n. 8541, in

tempestiva denuncia declassa d'importanza poiché il risarcimento per l'ipotesi di depositario inadempiente all'obbligo di denuncia va interpretato, in armonia con i principi generali in materia di nesso di causalità, nel senso che quel danno comprende esclusivamente i pregiudizi che siano conseguenza immediata e diretta dell'omessa o ritardata denuncia. Se si accetta questa ricostruzione, allora, anche il *quantum* risarcitorio diventa estremamente variabile, potendo esso essere pari anche all'intero valore della cosa (laddove si provi che la perdita sia dipesa dall'inosservanza dell'obbligo di denuncia) oppure venire escluso (se manca la prova del danno subito).

Orbene, nel caso sottoposto all'esame della Suprema Corte, è evidente che aderendo alla prima (e tradizionale) tesi si sarebbe potuti addivenire ad un giudizio di responsabilità nei confronti del depositario con risarcimento del danno pari al valore della cosa perduta (come in effetti avvenuto in primo grado); viceversa, sostenendo la tesi più recente, si sarebbe dovuto provare il danno derivante dalla mancata denuncia. Ed è qua che sorgono le differenze tra il giudice dell'appello e la cassazione: il primo, ritenendo non provato il danno derivante dalla mancata denuncia – essendo assai improbabile che il depositario potesse recuperare il bene trafugato – e dando per incontestata la presenza dell'oggetto rubato nella denuncia di rapina ha escluso il risarcimento; la seconda, viceversa, cassa la sentenza proprio perché la sentenza d'appello avrebbe violato le norme e i principi di legittimità richiamati «*sganciandoli dal petitum e dai fatti costitutivi di esso*». In altri termini, la mancata denuncia avrebbe determinato l'impossibilità di accertare che l'orologio fosse inserito all'interno della denuncia di rapina, quella di coadiuvare le autorità inquirenti prima dell'archiviazione del procedimento penale, di opporsi all'archiviazione, ovvero di surrogarsi nei diritti del depositario ex art. 1780, comma 2, cod. civ.


5. Conclusioni.

Alcune considerazioni di sintesi sono d'obbligo. La sentenza conferma l'orientamento sulla applicabilità dell'art. 1780 cod. civ. ai contratti in cui l'obbligazione di custodia costituisce prestazione accessoria. Così statuendo, la naturale conseguenza è la applicabilità anche dell'obbligo di denuncia previsto dalla seconda parte del comma 1 dell'art. 1780 cod. civ. Ancora, con

Rep. Foro it., 1993, voce Deposito, n. 9 (e per esteso in *Giur. it.*, 1993, I, 464 con nota di BALZANO).

riferimento al fatto non imputabile, il collegio ritiene che questo sia integrato dal delitto di rapina, senza che sia necessario svolgere indagini sulla adozione di particolari misure per prevenire la stessa. Ad avviso di chi scrive, per non cadere in discutibili distinzioni a seconda della fattispecie incriminatrice (rapina o furto), le circostanze concrete dovrebbero illuminare il giudizio sulla imputabilità o meno del fatto. Si potranno avere casi di rapina che costituiscono fatto imputabile e casi di furto che non lo costituiscono, guardando alla evitabilità in concreto dell'evento. Con riferimento all'obbligo di denuncia, la sentenza qui annotata sembra aderire all'orientamento più recente anche se precisa che *«ritiene non rilevante nella specie optare per l'uno o l'altro orientamento»*. Sembra oramai superata l'arcaica visione che ritiene il danno risarcibile pari al valore della cosa per la mera omissione o il ritardo nella denuncia al depositante. A ben vedere, infatti, la mancata denuncia costituisce la predeterminazione legale del danno evento; nel nostro ordinamento è però risarcibile il danno conseguenza (che deve essere provato e ne deve essere immediata e diretta conseguenza). Se così stanno le cose lascia però perplessi un passaggio della sentenza: non si comprende come il depositante, anche se tempestivamente avvertito, avrebbe potuto coadiuvare le indagini, una volta che sia incontestato il fatto della presenza dell'orologio nell'inventario dei beni rubati.

Quello che riveste interesse è semmai l'art. 1780, comma 2, cod. civ. che prevede la possibilità di subentrare nei diritti del depositario (si pensi, ad esempio, nel contratto di assicurazione): laddove si provi che il depositario a causa della mancata comunicazione non abbia potuto surrogarsi nei diritti del depositario-assicurato è evidente che ha subito un danno. È evidente, infatti, che nei casi di rapina e di furto le probabilità di recuperare il bene sono minime anche ove tempestivamente comunicato; viceversa, coordinando l'art. 1780 comma 1, con il secondo comma permette di restituire una funzione propria all'obbligo di denuncia: è evidente che se dalla mancata (o non tempestiva) denuncia quest'ultimo il depositante perde la possibilità di ottenere il ristoro assicurativo (perché, ad esempio, l'assicurazione chiedeva una tempestiva comunicazione della perdita), l'omissione da parte del depositario è sicuramente fonte di danno.



Ianus - Diritto e finanza
Rivista semestrale di studi giuridici
N. 17 - giugno 2018
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